

UNIVERSITE DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA MISE EN GAGE
DES CRÉANCES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenance le lundi 3 juin à 14 heures

PAR

Suzanne ROGIER

RÉDACTEUR A LA PRÉFECTURE DE LA SEINE.

Président : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur.

Suffragants { MM. HEMARD { *Professeurs*
 { PILON {

PARIS

Librairie Arthur ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{IE}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1929

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses,
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

DE LA MISE EN GAGE
DES CRÉANCES
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenance le lundi 3 juin à 14 heures

PAR

Suzanne ROGIER

RÉDACTEUR A LA PRÉFECTURE DE LA SEINE.

Président : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur.

<i>Suffragants</i>	{	MM. HEMARD PILON	}	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	---------------------	---	--------------------

PARIS

Librairie Arthur ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1929



DE LA MISE EN GAGE DES CRÉANCES

La mise en gage des créances et plus généralement des biens incorporels est une institution juridique des plus intéressantes qui ne se rencontre guère que dans les législations avancées. Cela se conçoit facilement si l'on considère que, d'une part, elle fait appel à des notions de droit fort abstraites (théorie des droits sur les droits, nature des droits réels, valeur économique des droits, caractère patrimonial des propriétés incorporelles, etc.) et que, d'autre part, elle fournit un moyen de crédit dont l'importance pratique s'accroît sans cesse par suite de la technique moderne du crédit qui apparaît dans l'état économique actuel non pas tant comme un crédit à la consommation que comme un crédit à la production.

Un des facteurs qui a le plus influé sur son développement est l'augmentation constante du nombre des valeurs mobilières. Celles-ci si peu nombreuses au début du ^{xix}^e siècle que le Code civil s'est senti du vieil adage : « Res mobilis, res vilis », se sont tellement multipliées qu'aujourd'hui elles forment la plus

grande partie des fortunes. Cet accroissement est dû lui-même à de multiples raisons, notamment à la concentration des entreprises : résultat de la transformation profonde de toute l'économie sociale due au bouleversement produit par l'apparition de phénomènes économiques nouveaux qui peuvent se résumer en un seul, le machinisme. Celui-ci ne fut que la conséquence des grandes inventions et des découvertes des applications des sciences, caractéristiques du ^{xix}^e siècle, siècle de la vapeur, du gaz, de l'électricité, de l'énergie hydraulique... De tout cela a résulté notamment la formation de puissantes sociétés par actions, la constitution de sociétés de sociétés. L'épargne a évolué, elle s'est concentrée dans les valeurs mobilières, placement pouvant offrir une grande sécurité et ayant, le cas échéant, la possibilité de servir de garantie de tout premier ordre. Les banques ont compris l'importance de leur valeur de crédit et ont accru le fonctionnement de leurs services d'avances sur titres.

Malheureusement cette institution juridique que nous allons étudier, est mal réglementée par nos lois : la raison en est que le Code civil, suivant en cela la tradition classique, a surtout envisagé l'obligation sous son caractère subjectif et n'a guère entrevu son caractère objectif. Pour lui et pour les auteurs pendant tout le cours du ^{xix}^e siècle, la notion de l'obligation est restée presque exclusivement celle de rapport de personne à personne et ne s'est pas étendue à celle de rap-

port entre patrimoines. Ce n'est qu'à la suite de l'influence de théories étrangères et de la thèse objectiviste de l'obligation présentée par Saleilles qu'une conception nouvelle s'est fait jour. La définition classique du droit romain, reprise par Pothier dans sa formule célèbre : « Les jurisconsultes définissent ces obligations (parfaites) : un lien de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose ou à faire ou ne pas faire quelque chose », adoptée également par la doctrine au cours du siècle dernier, a fait place à une nouvelle définition plus complète : « L'obligation est l'institution juridique qui exprime la situation respectue de personnes dont l'une (appelée le débiteur), doit faire bénéficier l'autre (appelée le créancier), d'une prestation ou d'une abstention, et qui correspond, sous les noms de créance et de dette, à l'élément particulier d'actif et de passif engendré par ce rapport dans le patrimoine des intéressés¹. » Or c'est surtout le côté patrimonial de l'obligation qui explique la possibilité de sa mise en gage.

Voilà les diverses raisons pour lesquelles nous avons pensé qu'il serait intéressant de préciser, dans l'état actuel de notre droit, quelles sont les formalités à remplir pour constituer en gage des créances et quelle est la valeur pratique de la garantie qui en résulte. Après avoir rapidement passé en revue le droit romain et l'an-

1. M. Lévy-Ullmann à son *Cours de droit civil approfondi et comparé*, de doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris. Année 1927-1928.

cien droit, nous étudierons plus particulièrement la mise en gage des créances sous leurs diverses formes : créances cessibles conformément à l'article 1690 Code civil, créances transmissibles par transfert, endossement, ou simple tradition. Nous aurions voulu examiner aussi d'une façon approfondie le nantissement de tous les autres meubles incorporels, mais les développements trop considérables qu'aurait entraînés cette étude, notamment en ce qui concerne les fonds de commerce, nous ont obligés à nous restreindre à donner un aperçu général sur cette institution; en conséquence, relativement à ces biens, nous nous sommes bornés à énoncer les règles particulières qui les régissent ou le principe général qu'il y a lieu d'appliquer.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE ET GÉNÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN¹

La technique d'une institution juridique étant toujours plus ou moins fonction de son passé, il importe donc, avant de procéder à l'étude de la mise en gage des créances dans notre droit, de rechercher quels en sont les précédents historiques. La mise en gage des créances et plus généralement des biens incorporels est-elle une innovation du Code civil ou a-t-elle trouvé sa lointaine origine dans le droit romain? C'est là une question importante à résoudre et qui, nous le verrons, aura son intérêt au point de vue du caractère réel du contrat de gage et de la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste. On ne peut s'attendre à trouver trace de ce contrat de garantie dès l'origine du droit

1. Sur ce chapitre, voir la bibliographie *Droit romain et histoire* à la fin de l'ouvrage.

romain, car il fait appel à trop de notions juridiques abstraites et se heurte à la conception de l'obligation apparaissant exclusivement comme un *vinculum juris* entre deux personnes.

Dans le très ancien droit, droit tout primitif, « c'est la personne qui répond corporellement et en premier ordre des engagements contractés ». S'il y a un doute possible en ce qui concerne la vente de l'homme libre, il n'y en a aucun sur le droit qu'à celui-ci de se donner en gage, ainsi qu'en témoignent les débiteurs nexi et les débiteurs addicti « Paul (L. 23 § 1. D. De liberali causa) enseigne expressément que celui qui s'est donné en gage, avec connaissance de cause, n'est pas recevable à briser cet engagement. » Le même usage se retrouve du reste dans la législation primitive des sociétés les plus diverses. Ainsi, dans le droit barbare, tout débiteur pouvait donner sa liberté en gage à son créancier pour sûreté du paiement de la dette : c'est là le gage de la personne connu sous le nom d'*obnoxio*¹. Ces réserves faites, dans les premiers temps de l'origine de Rome, on ne concevait pas la notion de gage en tant

1. Voir Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence* (nouv. éd.) ; v^o Nantissement, n^o 6 et v^o Contrainte par corps, n^{os} 3, 7, 8, 11, 13.

Troplong, *Traité : De la contrainte par corps*. Préface. — Voir notamment pour le droit romain, p. XV et suiv. et pour le droit germanique, p. CXXX et s.

Chénou, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, t. I, n^o 150 et note 2, p. 368 mentionnant le Cap. de 1803, art. 3 : « Homo ingenuus qui multa qualibet solvere non potuerit et fidejussores non habuerit, liceat et semetipsum in wadium ei cui debitor et mittere usque dum multa quam debuit persolvat ».

que garantie portant sur des biens. Celle-ci ne fut due qu'à l'évolution de l'idée d'aliénation fiduciaire. On transfère la propriété même de l'objet devant servir de gage et on y joint un pacte de fiducie par lequel le prêteur s'engage à retransférer à l'emprunteur ladite propriété après paiement de la dette garantie. Les inconvénients de ce procédé sont vite apparus et, peu à peu, on y a substitué, d'une part, l'affectation d'un bien à la sûreté de la dette avec transmission de la possession de ce bien au créancier : c'est le gage proprement dit, le « pignus », et d'autre part, l'affectation d'un bien sans dépossession : c'est l'hypothèque. Parties du même point de départ, ces deux institutions se développent avec si peu de différence dans leurs conceptions qu'on en dit : « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. » [Marcien, L. 5 § 1. D. De pign. et hyp. (XX, 1)].

Ce n'est que dans le droit de Justinien que le pignus trouvera des règles bien définies. Il se caractérisera comme le droit accordé à un créancier sur la chose d'autrui pour sûreté de sa créance, conférant au créancier le droit de vendre cette chose pour en employer le prix à se désintéresser s'il n'est pas payé à l'échéance et la charge de la rendre si le débiteur s'acquitte envers lui au terme fixé. Il s'agit d'un droit accessoire puisqu'il est subordonné à l'existence d'une créance à laquelle la chose engagée est obligée, dit-on, et d'un droit réel, mais qui, par suite de son caractère accessoire, est régi

sous beaucoup de rapports par les principes du droit de l'obligation qui lui sert de base. Dans le traité du droit de gage chez les Romains de Schilling traduit par Pellat, nous trouvons exposée la théorie de Buchel d'après laquelle il y a là un droit d'obligation, qui, cependant, diffère des autres droits de créance en ce sens que c'est une chose et non une personne qui figure comme sujet obligé.

Il nous a paru intéressant de nous borner à rechercher seulement si des biens incorporels pouvaient être mis en gage sous Justinien. Dans le livre XX des Pandectes, nous trouvons énoncé le principe suivant : « Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest » Gaius, L. 9. § 1. D. (XX. 1). Donc le gage peut s'appliquer à toutes les choses comprises dans le patrimoine sous réserve qu'elles ne soient pas hors du commerce. Par suite on peut engager des choses incorporelles et parmi celles-ci Schilling¹ énumère notamment les créances (nomina), les servitudes tant personnelles que réelles en tant qu'elles sont aliénables, les droits d'emphytéose et de superficie, les offices (militiae), c'est-à-dire les fonctions publiques auxquelles étaient attachés certains émoluments et qui étaient aliénables et transmissibles héréditairement.

1. Schilling, *Histoire externe et interne du droit privé des Romains*. Traduction du livre XX et du titre VII du Livre XIII des Pandectes avec le texte en regard suivie d'un Traité succinct du droit de gage et d'hypothèque chez les Romains. Traduction de C. A. Pellat, *Traité du droit de gage et d'hypothèque*, p. 15.

Il y a dans le Digeste des textes probants, et spécialement on peut citer pour les créances le texte suivant : « Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit » L. 20 D. De pign. et hyp. (XX, 1). On peut encore se référer à la L. 15 § 8 D. De re jud. (XLII, 1). Pour l'usufruit on peut mentionner la L. 11 § 2 et la L. 15 pr. D. De pign. et hyp. (XX, 1).

L'engagement des créances s'était cependant heurté à deux objections : 1^o la difficulté de concevoir que des choses incorporelles pussent être possédées alors que le droit de gage se caractérise comme le droit accordé au créancier de posséder la chose engagée pour sûreté de sa créance ; 2^o les principes du droit qui s'opposaient à ce que, dans le rapport entre deux personnes déterminées qu'implique toute créance, ou pût changer l'un des termes du rapport sans le détruire et notamment à ce qu'il pût y avoir substitution d'un créancier à un autre contre le gré du débiteur et à son insu. Sous Justinien, ces difficultés avaient disparu puisque la vente des créances était devenue possible.

Il y a lieu toutefois d'apporter une restriction due à ce que le droit de gage n'avait concerné à l'origine que les objets corporels. L'engagement des biens incorporels n'était valable qu'avec la protection du prêteur, ainsi qu'il résulte de la loi 18 D. De pign. et hyp. (XX, 1).

« Si convenerit ut nomen debitoris mei pignoris tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio. » Ce ne fut que la conséquence de la jurisprudence prétorienne introduisant dans les rapports juridiques les notions de quasi-tradition et de quasi-possession, puisque d'après les textes rigoureux du pur droit civil : « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est » [L. 43 § 1 D. De acq. rer. dom. (XLI, 3)]. Or, le gage étant un des contrats « re perfecti » nécessitait pour être parfait la tradition de la chose. Pour les créances, la remise du titre devint alors l'équivalent de la remise de la chose elle-même, mais on exigea en outre une dénonciation faite par le gagiste au débiteur de la créance engagée, enlevant à ce dernier le droit de payer au constituant et l'armant d'une exception contre ses poursuites. De même pour les servitudes, on admit que l'usage du droit équivaldrait à la tradition.

Parmi les droits susceptibles d'être mis en gage, il faut faire une place toute spéciale au droit de gage lui-même. Le sub-pignus est valable, le créancier gagiste peut engager son droit de gage, et il y a par suite engagement tacite de la créance elle-même. Le pignus pignoris datum consiste dans la cession éventuelle à titre de garantie des droits inhérents à un pignus déjà existant, de sorte que la vente qu'il autorise a pour objet la chose grevée du premier pignus et non le pignus lui-même. Des deux droits existant, l'un est donc greffé sur l'autre et en dépend, de sorte que, pour exercer

le second, on devra réunir à l'égard des deux les conditions auxquelles l'exercice du pignus est subordonné. Cependant, il y a lieu d'apporter ici toutes réserves utiles, car les textes ne sont plus aussi nets et ne mentionnent guère comme objet du second nantissement que la chose même constituée en gage (*res pignolata, id quod pignori obligatum est*) et non le droit lui-même (*pignoris jus*).

La possibilité de donner en nantissement des choses incorporelles étant constatée, nous examinerons succinctement les droits du créancier nanti. S'il y a eu un *pignus nominis*, le créancier gagiste peut, nous dit Schilling (traduction de Pellat), ou vendre la créance (et dans ce cas l'acheteur a une *actio utilis*, pour en exiger le montant), ou intenter lui-même une *actio utilis* contre le débiteur de celui qui lui a donné le gage, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle sa créance se rencontre avec la créance engagée puisqu'il s'agit d'une cession limitée aux fins particulières du pignus (en supposant naturellement que les deux créances sont échues et que le débiteur n'a pas déjà payé son propre créancier avant la notification de la constitution de gage). Si l'objet de la créance engagée est de l'argent, le gagiste l'imputera sur le montant de sa créance; si c'est une autre chose, le gagiste le gardera *pignoris loco*. Il y a donc lieu à une action « *in personam* » et non à une action « *in rem* ».

S'il s'agit d'un autre bien incorporel, par exemple

une servitude, le gagiste ne peut être considéré comme ayant le droit de servitude lui-même, mais, au cas de non paiement de la dette à l'échéance, il a le droit de faire vendre la servitude qui sera légalement acquise à l'acheteur (pourvu toutefois, si c'est une servitude prédiale, qu'il ait un fonds limitrophe).

De même, si un droit d'usufruit a été engagé, l'usufruit peut être aliéné comme il pourrait l'être par l'usufruitier lui-même, non quant au droit mais quant à l'exercice de celui-ci.

CHAPITRE II

ANCIEN DROIT¹

Nous venons d'établir l'existence et la validité du contrat de gage portant sur des choses incorporelles dans le dernier état du droit romain, nous allons constater maintenant que ce n'est qu'après une longue éclipse que cette institution fonctionnera dans l'Ancien droit. Le fait, il est vrai, a précédé le droit mais ce n'est qu'à la fin du XVIII^e siècle que la doctrine, devancée par la pratique et la jurisprudence, consacrera cette institution. Le nantissement des objets mobiliers corporels était admis depuis longtemps, et à vrai dire n'avait jamais cessé d'être pratiqué d'une façon plus ou moins rudimentaire. Vers le XIII^e siècle il se rattacherait en général à l'obligation : expression qui, prise dans son sens large, désigne, dans notre vieille langue juridique française, la convention particulière qui affecte au paiement d'une dette tous les biens du débiteur, les immeubles comme les meubles. L'obligation, à cette époque, devint

1. Sur ce chapitre, voir à la fin de l'ouvrage la bibliographie : *Droit romain et histoire*.

souvent « spéciale », permettant d'affecter au paiement d'une dette non plus tous les biens du débiteur, mais seulement certains de ceux-ci : d'abord des immeubles, puis des meubles. Mais, pour ces derniers, en conséquence de la maxime « meubles n'ont point de suite », il faudra en remettre la possession au créancier d'où la nécessité, ainsi que l'explique Guy Coquille au ^{xvi}e siècle, d'une « tradition es mains du créancier du meuble baillé en gage ». Le meuble doit être baillé en gage « volontairement et manuellement » dira Julien Brodeau dans son Commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de Paris en 1658¹.

C'est cette notion de possession réelle, apparaissant comme indispensable, qui sera la pierre d'achoppement en notre matière. C'est contre cette conception que nous verrons se heurter Pothier qui, dans son premier traité sur le nantissement, se refuse à admettre la possibilité de mettre en gage des meubles incorporels : « A l'égard des choses incorporelles, telles que sont des dettes actives, elles ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat. » Cependant, nous trouvons trace déjà de la pratique du nantissement des biens incorporels. A quelle époque exacte faut-il la faire remonter ? La solution est douteuse, tout au moins jusqu'à la fin du ^{xvii}e siècle. A

1. Tome II, *Commentaire de l'article CLXXXI*, p. 633 à 637.

cette époque, nous trouvons un arrêt du 9 juillet 1698, rapporté dans le Journal des principales audiences du Parlement¹, qui, d'après certains auteurs, vise un cas de nantissement de meubles incorporels, mais qui, cependant, ne nous semble pas très probant comme ne paraissant pas expressément se rapporter à un nantissement de ce genre.

Au début du XVIII^e siècle, nous rencontrons plusieurs arrêts qui ne laissent plus de place à l'incertitude. Arrêt du Parlement de Paris du 23 août 1712 (arrêt des Poncets)² : « Celui à qui des billets ont été donnés en nantissement n'est pas responsable de la solvabilité des débiteurs. » On sait qu'à l'époque on désigne sous le nom de billet « la reconnoissance d'une dette avec promesse de la payer³ ».

Sentence du Chatelet du 5 décembre 1754 rapportée par Denisart⁴. « Le sieur Jacques Hardouin Mansart, porteur d'un billet de 9215 liv., fait à son profit par un débiteur solvable, ayant remis le billet à l'abbé Richard, avec une reconnoissance conçue en ces termes, écrite sur le billet même, « j'ai donné le présent billet à M. l'abbé Richard en nantissement de la somme de 2.400 livres... », il s'est agi de savoir si cette reconnoissance étoit obligatoire envers l'abbé Richard; ... Les

1. L. XIII, ch. IX, p. 759.

2. Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, nouv. éd., 1727. T. III, v^o Gage, p. 440.

3. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, 7^e éd., 1771. T. I, v^o Billets, n^o 1.

4. Denisart, *op. cité*, t. I, v^o Billets, n^o 28.

héritiers de l'abbé Richard répondoient que la valeur fournie se prouvoit par le nantissement exprimé dans la reconnoissance et par sentence du Chatelet du 5 décembre 1754, confirmée par arrêt du 5 mai 1755, le sieur Mansart fut condamné à payer les 2.400 livres. »

Mais l'arrêt qui semble avoir fait vraiment jurisprudence et à partir duquel on ne discute plus ni sur la validité du gage des dettes actives, ni sur les formalités nécessaires pour sa constitution, est un arrêt de la Cour des Aides du 18 mars 1769 rapporté également par Denisart¹. Il nous a paru intéressant de le transcrire ici, car il semble bien avoir tranché définitivement la question.

« Le marquis de Girardin, en qualité de légataire particulier du sieur Hatte, fermier général, son aïeul maternel, étoit créancier d'une rente constituée de vingt mille livres au principal de 400.000 livres, créée solidairement par le sieur Roussel et la feue dame son épouse, par contrat du 18 mai 1747; laquelle rente se trouvoit, ainsi que les autres biens compris dans son legs chargée de substitution au profit de ses enfans.

« Le marquis de Girardin, par condescendance pour le sieur Roussel, n'ayant point formé de demande en justice contre la succession du sieur Hatte, testateur, le sieur Roussel offrit de lui donner, par la voie du nantissement, un privilège égal au principal de la rente;

1. Denisart, *op. cité*, t. III, v. Nantissement, n° 19.

et par un premier acte devant notaires du 12 août 1762, il remit au marquis de Girardin, et au tuteur à la substitution, quatre récépissés de ses fonds d'avance dans la ferme générale, montans ensemble à trois cent dix mille livres. Le sieur Roussel fit transport de cette somme au marquis de Girardin et au tuteur à la substitution, avec toute garantie et à titre de nantissement: il promit en outre de fournir les 90.000 livres restans dans huit mois.

« Ce transport fut signifié au sieur Colin de Saint-Mars, qui visa l'original.

« Le sieur Roussel ne fournit que 83.000 livres au lieu de 90.000 livres qu'ils'étoit obligé de payer, mais il donna cinq autres récépissés, qui furent le sujet d'un second acte du 10 février 1764, dans la même forme que le précédent, et signifié le 11 avril suivant au sieur Colin de Saint-Mars, qui visa également l'exploit de signification.

« La faillite du sieur Roussel ayant été déclarée au mois de novembre 1768, le marquis de Girardin et le tuteur à la substitution pensèrent que le moment d'exercer leur privilège, naissant des deux actes des 12 août 1762 et 10 février 1764, étoit arrivé; en conséquence ils demandèrent à toucher les 393.000 livres montans des neuf récépissés dont ils étoient nantis. Les choses en cet état, les directeurs des créanciers unis au sieur Roussel nièrent ce privilège. Subsidiairement ils soutinrent que le moment de l'exercer n'étoit pas encore

arrivé, attendu qu'il falloit auparavant discuter les autres biens immeubles du sieur Roussel, à l'effet de connoître s'il ne s'y trouveroit pas de quoi payer la créance du marquis de Girardin.

« Le marquis de Girardin répondoit que le privilège résultant du nantissement avoit son principe dans l'article 181 de la Coutume de Paris¹; que la propriété (disoit-il) des récépissés ait continué à résider dans la personne du sieur Roussel, c'est précisément ce qui caractérise le nantissement, l'essence de ce contrat étant de ne transférer que la possession au créancier, la propriété conservée au débiteur; *Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem* : que le nantissement s'appliquait à tout ce qui était de nature à pouvoir être vendu, l. 9. §.13, ff. de *pignorigibus* : enfin qu'il ne pouvoit être forcé à attendre l'événement de la discussion des autres biens de son débiteur, quand il avoit un privilège spécial sur les récépissés en question.

« Ces moyens furent entièrement adoptés par M. Bélanger, avocat général, sur les conclusions duquel, arrêt intervint en la cour des aides le samedi 18 mars 1769 qui accorda le privilège au marquis de Girardin. »

Ainsi des dettes actives (dettes dont on a le droit de se faire payer) peuvent donc être valablement données

1. On sait que l'article 181 de la Coutume de Paris s'exprimait ainsi : « Et n'a lieu la contribution, quand le créancier se trouve saisi du meuble, qui lui a esté baillé en gage ».

en nantissement. Pothier, qui, ainsi que nous l'avons signalé, était d'un avis contraire dans le premier traité où il avait envisagé la question, à la suite de cet arrêt avait ajouté une note rectificative dans son traité du nantissement. Dans son traité des hypothèques, édité en 1777 à titre posthume, le renversement de sa théorie primitive est complet. L'évolution est intéressante à considérer, car parallèle à celle subie en matière de tradition. En effet, alors que, dans son premier traité, il soutenait que les choses incorporelles n'étant pas susceptibles de possession ne l'étaient pas d'une tradition réelle, dans ses derniers traités il admet que « néanmoins, comme on reconnaît une espèce de quasi-possession des choses incorporelles laquelle consiste dans l'usage qu'on en fait, il doit y avoir une espèce de tradition des choses incorporelles ». Et plus loin, à propos du nantissement, il se posera la question : « les choses incorporelles sont-elles susceptibles de nantissement ? » Il y répondra en concluant qu'il y a lieu de soutenir l'affirmative, se basant sur ce que « la tradition dont les dettes actives ne sont pas susceptibles peut se suppléer en remettant, à celui à qui on les donne en nantissement, le billet en obligation du débiteur, qui est l'instrument de cette dette active, et en faisant, par le créancier à qui la dette active a été donnée en nantissement, signifier au débiteur de cette dette l'acte par lequel elle a été donnée en nantissement, avec dé-

fense de payer en d'autres mains qu'en celles de celui à qui elle a été donnée en nantissement¹. »

Quelques années plus tard, en 1784, Pierre Guyot dans son Répertoire universel et raisonné de jurisprudence expose les mêmes principes².

Il est donc certain que le nantissement des choses incorporelles, ou tout au moins parmi celles-ci des dettes actives, est établi et réglementé dans le dernier état du droit à la fin du XVIII^e siècle. Les rédacteurs du Code civil ne feront qu'en reprendre les principes pour les formuler dans les articles 2075 et suivants du Code civil.

1. *Œuvres de Pothier*, éd. Bugnet, t. IX, p. 481 et suiv

2. Nouv. éd., t. VII, v^o Gage, p. 694 à 696.

CHAPITRE III

DE LA MISE EN GAGE EN GENERAL¹

I. — Du contrat de gage

Définition.— « Le gage est un contrat par lequel un débiteur (ou un tiers) remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de la dette » telle est la définition qu'en donne le Code civil (articles 2071 et 2072 combinés). De cette définition, on peut dégager le trait générique : c'est un contrat, et les traits spécifiques, c'est un contrat « accessoire » et un contrat « réel ». Avant d'étudier plus particulièrement quelques caractéristiques de ces traits spécifiques, il importe de déterminer

1. Sur ce chapitre, voir notamment :

Baudry-Lacantinerie (G) et Chauveau (M) : *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*. 1 vol., in-8° (3^e éd.). Paris 1905.

Capitant (H.) : *Introduction à l'étude du droit civil*, 1 vol., in-8° (4^e éd.), Paris 1923.

Demogue (R.) : *Les notions fondamentales du droit privé*, 1 vol., in-8°. Paris 1911.

Grodenski (M.) : *Le droit sur une chose non physique. Dissertation de droit*. In-8° (34 p.). Genève 1919.

Planiol (M.) et Ripert (G.) : *Traité pratique de droit civil français*. T. III, Les biens. Avec le concours de Picard (M.). In-8°. Paris 1926.

Prodan (C.) : *Essai d'une théorie générale des droits réels*. Thèse Paris, 1909.

Wieland (C.) : *Les droits réels dans le Code civil suisse*. Traduction par Bovay (H.). In-8°. Paris 1913-1914, 2 vol.

d'une manière plus précise la nature, le but et les effets du contrat de gage.

Des définitions qu'en donnent MM. Guillouard¹ et Huc², on peut tirer la suivante : le gage envisagé comme contrat est un contrat accessoire, réel, unilatéral, à titre onéreux, par lequel le créancier reçoit de son débiteur ou d'un tiers la possession d'un meuble remis pour sûreté de sa créance avec le droit pour celui-ci de le retenir, mais à la charge de le restituer dans son individualité propre lors du paiement de la créance ou de toute autre satisfaction par lui agréée, et avec le droit éventuel de faire procéder à la vente de cet objet en cas de non-paiement et d'être payé sur le prix par privilège et préférence aux autres créanciers.

Le gage contrat accessoire. — Du caractère accessoire du contrat de gage découlent de nombreuses conséquences : subordination des obligations dérivant de ce contrat à une obligation principale, compétence du tribunal compétent pour connaître du contrat principal, nullité du contrat si le contrat principal est lui-même nul, extinction du contrat par voie de conséquence de l'extinction du contrat principal... bref, tout ce que l'on peut résumer par l'adage : « Accessorium sequitur principale. »

1. Guillouard (L.), *Traité du nantissement et du droit de rétention*, (2^e éd.), n° 38.

2. Huc (T.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. XII. *Du nantissement*, n° 349.

De là il résulte encore que le nantissement constitué pour une dette de jeu n'est pas valable, car un seul mode d'exécution du contrat est possible : le paiement volontaire (article 1965 C. Civ.). L'article 1967 C. Civ. ne s'oppose pas à ce que le perdant ait le droit de demander la nullité d'une obligation du chef de jeu et la restitution du dépôt qu'il a effectué comme garantie de son engagement, ainsi que l'affirme nettement la jurisprudence.

Paris, 30 juin 1894; S. 1895. - II. - 257.

Bordeaux, 13 mars 1906; D. 1910 - II - 153 et sur pourvoi Cass. Req. 31 juillet 1907. D. 1910. - I. - 254, Pratiquement, c'est surtout au point de vue des jeux de Bourse que la question de la validité se posera.

Quant aux dettes naturelles, elles peuvent être valablement garanties par un gage. Il semble qu'on puisse appliquer ici par analogie l'article 2.012 § 2 C. Civil.

Le gage : contrat réel. — Le gage est un contrat réel : il faut entendre par là qu'il n'est parfait que par la remise de la chose. Mais, à la différence de ce qui se passait dans le droit romain, la convention intervenue entre les parties n'est pas dénuée de toute valeur juridique avant la délivrance de la chose engagée. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté formulée dans l'art 1.134 C. civ, il y a là une promesse de nantissement, c'est-à-dire, une convention compor-

tant pour le débiteur obligation de remettre la chose, de laquelle convention le créancier peut réclamer l'exécution en justice, et son défaut d'exécution donne lieu à la résiliation du contrat principal et, le cas échéant, à des dommages et intérêts (Articles 1.142 et 1.144 C. Civil). Certains auteurs pensent même qu'en cas de gage sur une chose incorporelle, l'acte écrit exigé par l'article 2.075 C. Civ. pourrait être suppléé par un jugement constatant la convention et que, quant à la délivrance du titre de créance, le tribunal pourrait en ordonner l'exécution directe et le créancier recourir au besoin à une saisie-revendication.

D'après MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, l'inexécution de la promesse de nantissement serait plutôt régie par l'article 1.188 C. Civ. que par l'article 1.184 C. Civ.

Le contrat de gage en tant que productif d'obligations et créateur d'un droit réel ne vaudra comme tel qu'après la remise de la chose et cela même inter partes. D'autre part, à la différence de la vente, dans le gage qui ne transfère aucune propriété, le droit du gagiste est subordonné à sa mise en possession; celui-ci ne peut retenir que s'il possède; il n'a de privilège à l'encontre des autres créanciers que s'il est nanti. La majorité de la doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Mais comme il y a là une exception au principe de notre droit, que les droits réels s'acquièrent, se transmettent et s'éteignent par l'effet des conventions, certains au-

teurs ont soutenu que le contrat de gage, en cette qualité, était valable inter partes même avant la remise de la chose. La validité de la convention est affirmée, mais on reconnaît que ses effets ne pourront se produire qu'après la prestation de la res. Le contrat est réel en ce sens que le créancier ne peut restituer que s'il a reçu. Le contrat est donc, en quelque sorte, à la fois consensual et réel. La tradition du bien engagé n'apparaît, dans cette explication, que comme une mesure de publicité de fait, nécessaire pour la naissance du privilège et jouant un rôle analogue à celui de l'inscription en matière hypothécaire. La conception traditionaliste se voit ainsi mise en échec par une autre plus juridique peut-être comme plus conforme aux principes de notre droit consensualiste.

La jurisprudence de la Cour de Cassation est très nette : « Attendu, en droit, que le contrat de gage étant un contrat réel, il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu ; que l'accomplissement de cette condition est nécessaire entre les parties elles-mêmes pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur » Cass. Civ. 18 mai 1898 ; S. 1898-I-433. note de M. Lyon-Caen. D. 1900-I-481. note de M. Sarrut. C'est là la seule condition requise, les formalités prescrites par les articles 2074 et 2075 C. Civ. concernant la validité du contrat de gage uniquement à l'égard des tiers. Trib. Civil Belfort. 15 décembre 1891. D. 1894-II-57.

Qui peut se prévaloir de la non-réalisation de la condition de remise de la chose? La Cour de Cassation, dans l'arrêt précité, admet que le débiteur peut invoquer l'absence de mise en possession. Cet arrêt est critiqué à juste titre par M. Lyon-Caen qui présente les observations suivantes. La mise en possession est exigée à deux titres : d'une part, comme condition de publicité dans l'intérêt des tiers, et, d'autre part, comme condition essentielle à l'existence du contrat de gage. Il est évident que, du premier point de vue, seuls les tiers ont le droit de se prévaloir de l'inobservation de cette condition. Mais, du second point de vue, le gage apparaît comme un contrat réel en ce sens qu'il engendre comme principale obligation pour le créancier de restituer le gage après l'extinction de la dette, et que celui-ci ne peut être obligé de rendre s'il n'a pas reçu. C'est là la condition essentielle de l'existence du contrat, mais il n'en résulte pas que le débiteur puisse se prévaloir du défaut de remise de la chose au créancier. Une règle d'équité, dit-il, limite les conséquences de ce principe, bien qu'il n'y ait pas contrat de gage, la convention par elle seule est cependant obligatoire. Si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier peut le faire condamner à lui remettre la chose ou à lui payer des dommages-intérêts. En conséquence, le débiteur ne peut se prévaloir de l'absence de mise en possession pour empêcher le créancier d'exercer ses droits de créancier gagiste, car manquant à l'obligation con-

tractée par lui à l'égard de son créancier, il violerait la règle *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, règle ne pouvant être écartée que quand une personne ayant fait un acte en une qualité l'attaque en une autre qualité.

D'après M. Sarrut, au contraire, le débiteur a le droit d'invoquer la nullité du contrat de gage ou plus exactement d'en faire déclarer son inexistence. De la validité de la promesse de gage, il ne faut pas conclure que le débiteur, tenu de réparer le dommage causé par sa faute, est par cela même irrecevable à exciper de l'inexistence du contrat de gage. Ce sont là, dit-il, deux questions juridiques distinctes : les conditions requises pour la validité ou l'existence d'un contrat font-elles défaut ? la partie qui poursuit la nullité de ce contrat est-elle passible de dommages et intérêts ? C'est d'autant plus exact pour le gage, ajoute-t-il, que sur les dommages-intérêts alloués le créancier viendra au marc le franc tandis que le gage valablement constitué lui aurait donné un droit de préférence sur les biens grevés. Quant à l'adage que nous avons cité plus haut : *Quem de evictione...* il est inapplicable comme supposant une personne réunissant deux qualités qui se contredisent. Or, dans l'espèce il n'y a qu'un seul contrat de gage, un seul titre. La promesse de gage qui seule aurait pu imposer au débiteur l'obligation d'assurer l'exécution du contrat se confond avec le contrat de gage, en sorte que l'annulation de ce

contrat étant prononcée il n'apparaît aucune cause juridique d'une obligation de garantie incombant au débiteur.

Mais, il semble qu'à cette argumentation il puisse être répondu que la convention restant légalement obligatoire vaut comme promesse de nantissement et que par suite, même le contrat étant nul en tant que contrat de gage, le débiteur reste encore tenu d'une obligation de garantie résultant de la promesse de nantissement, sa qualité d'obligé ne disparaissant pas par suite de la déclaration d'inexistence du contrat.

Le gage : contrat unilatéral.— Le gage est, ainsi que nous l'avons également spécifié, un contrat unilatéral. Le créancier gagiste, seul, assume une obligation, mais comme par la suite le débiteur peut lui aussi se trouver obligé, on a coutume de dire qu'il y a là un contrat synallagmatique imparfait. Il est donc assujetti à l'article 1.326 C. Civ.

Toutefois, une difficulté se présente quand un même acte constate à la fois le prêt fait par le créancier et le nantissement consenti par le débiteur notamment en cas d'avances sur titres. N'y a-t-il pas lieu alors d'appliquer l'article 1.325 C. Civ? La difficulté provient de ce que, si chacun des contrats est en lui-même unilatéral leur juxtaposition dans un même acte paraît leur donner un caractère synallagmatique, les deux contrats dépendant l'un de l'autre. Le prêt n'a été con-

senti que parce qu'un gage a été délivré et réciproquement. On a ainsi résumé la convention qui intervient : « Je te donne un gage pour que tu me prêtes, à charge pour moi de te rendre et pour toi de me restituer alors mon gage. » Si l'on s'en tient à ces apparences, on semble pouvoir affirmer à juste titre qu'il y a là un contrat synallagmatique au sens de l'article 1.102 C. Civ, car il y a naissance d'obligations réciproques pour les deux parties : d'une part, l'emprunteur est tenu de rendre la somme prêtée et, d'autre part, le créancier est tenu de restituer la valeur fournie en gage.

M. Huc¹ développe cette même théorie : « Ce qui caractérise les conventions synallagmatiques, c'est qu'elles sont réciproques. L'article 1.102 ne dit pas autre chose et ne pouvait pas le dire. La théorie qui affirme que les deux obligations doivent naître en même temps parce qu'elles naissent l'une de l'autre ne supporte pas l'examen. La vérité est qu'il y a des contrats synallagmatiques de leur nature. Mais l'acte qui contient des conventions complexes dérivant étroitement l'une de l'autre et d'où résulte un ensemble d'obligations réciproques forme un véritable contrat synallagmatique, quoiqu'en réalité il consiste dans la réunion de plusieurs contrats également unilatéraux. Il dépend d'ailleurs de la volonté des parties de donner à leurs conventions un caractère synallagmatique. »

1. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, Du nantissement, n° 346.

On a ajouté que la loi elle-même avait reconnu ce caractère synallagmatique. L'article 5, alinéa 2 de la loi du 11 septembre 1919 porte en effet que « par dérogation aux articles 12 et 14 de la loi du 29 juin 1918 », les actes d'avances sur valeurs autres que les titres d'Etat sont dispensés de l'enregistrement dans un délai déterminé; or la loi du 29 juin 1918, art. 12, exigeait l'enregistrement de tous les actes sous seings privés (autres que certains contrats commerciaux) contenant des conventions synallagmatiques (articles 71 du décret de codification du 28 décembre 1926).

Telle est ainsi résumée l'argumentation que l'on fait valoir pour affirmer que constitue un contrat synallagmatique tout acte réunissant un prêt et un nantissement, toute avance sur titres. Il faut l'avouer, la thèse est fort troublante. Cependant, si on l'examine d'une façon approfondie, elle ne semble pas conforme à la vérité juridique. Le prêt ainsi que le nantissement sont tous les deux des contrats unilatéraux; il semble difficile de concevoir que, par le fait de leur juxtaposition dans un même acte, la nature de ces contrats soit changée et qu'ils se confondent tous les deux en un seul contrat de caractère synallagmatique. Si on adoptait cette solution, il faudrait, ainsi que le font observer MM. Lacour et Bouteron¹ « admettre que, toutes les fois qu'on constitue une sûreté réelle pour

1. *Précis de droit commercial* (3^e éd.), t. II, n^o 1422.

garantir une obligation, il n'existe qu'un seul contrat synallagmatique, par exemple dans le cas d'emprunt sur gage ou d'emprunt hypothécaire; autrement le gage et la constitution d'hypothèque cesseraient d'être des contrats. D'ailleurs la Cour de Cassation, Req. 23 juillet 1907, R. E. 1908, n° 4459 a décidé que dans le cas où une banque fait des avances en espèces sur nantissement en marchandises, la stipulation spéciale à des marchandises remises en nantissement constitue une sûreté n'ayant aucune influence sur la nature des avances dont elle garantit le remboursement et qui n'en demeurent pas moins des emprunts ».

M. Guillouard¹ affirme également que : « Dans l'acte qui contient la constatation du prêt par le créancier et la constatation du nantissement par le débiteur, il y a la réunion de deux obligations unilatérales mais non la constatation d'une obligation synallagmatique. Un même acte, ajoute-t-il, peut contenir plusieurs obligations unilatérales et elles ne cessent pas d'être unilatérales parce qu'elles sont réunies dans un même instrumentum. Ce qui caractérise les conventions synallagmatiques, c'est que les obligations qu'elles renferment sont la cause l'une de l'autre; le vendeur transfère la propriété de la chose vendue parce que l'acheteur s'oblige à payer un prix. Ajoutons que les obligations réciproques qui le constituent sont corrélati-

1. *Traité du nantissement et du droit de rétention* (2^e éd.), n° 24.

ves et inséparables l'une de l'autre : elles ne peuvent pas être créées par des actes séparés, car l'une ne peut exister sans l'autre, elles naissent en même temps, car elles naissent l'une de l'autre. »

MM. Planiol, Ripert et Becqué¹ soutiennent également cette même thèse qu'il n'y a pas là un contrat synallagmatique, mais deux conventions unilatérales juxtaposées et concomitantes, la seconde étant une conséquence de la première, ce qui entraîne une indivisibilité de fait, mais n'en transforme pas les conséquences juridiques. Deux obligations corrélatives naissent, l'une du prêt, l'obligation pour l'emprunteur de restituer la somme due, l'autre du nantissement, l'obligation pour le créancier gagiste de restituer le titre après paiement à l'échéance. Si, disent ces auteurs, la rédaction du contrat en deux exemplaires est nécessaire, ce n'est pas par application de l'article 1325 C. civ., mais parce que chacune des deux parties jouant le rôle du créancier doit avoir en mains la preuve de son droit. Ces deux conventions restant juridiquement distinctes, il en résulte que l'emprunteur non commerçant est tenu de se conformer à l'article 1326 faute de quoi le titre ne peut pas faire foi contre celui qui l'a souscrit.

Quant à l'argument tiré de la loi du 11 septembre 1919, il ne saurait être déterminant, car cette loi est

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*. T. XII¹ Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué. Première partie, n° 136.

relative aux droits de timbre et d'enregistrement, et les solutions fiscales ne peuvent faire préjuger des solutions de droit civil.

On peut encore remarquer qu'en ce qui concerne la dépendance des deux obligations, elle résulte de ce que le prêt est le contrat principal par rapport au nantissement contrat accessoire et de ce qu'en conséquence : *accessorium sequitur principale*.

Enfin, il faut encore faire observer que la jurisprudence s'est prononcée en sens contraire dans une espèce relative à un prêt fait par la Banque de France (Cass. Civ. 8 mars 1887, D. 1887, I, 264, S. 1890, I, 257, note de M. Lyon-Caen). « Attendu que des conventions contenues en cet acte sont nées deux obligations directes et principales, au profit de la Banque, l'obligation directe de rendre la somme prêtée, au profit de B..., l'obligation directe de la Banque de lui restituer en cas de remboursement du prêt à l'échéance les titres remis en nantissement et à défaut de paiement de rendre compte du prix de vente des titres Attendu que cet acte constate des conventions synallagmatiques donnant naissance à des obligations réciproques des deux parties l'une envers l'autre, d'où résulte l'application de l'article 1325 C. civ. et la dispense de la formalité du « bon et approuvé » prescrite par l'article 1326 ».

Bien que cet arrêt émane de la Cour Suprême et que le dispositif doive en être approuvé, nous estimons

que les motifs sur lesquels s'appuie la Chambre Civile ne sont pas susceptibles d'être retenus. C'est ainsi que MM. Lacour et Bouteron¹ font observer à propos de cet arrêt que la Cour de Cassation aurait pu « arriver à la même solution en invoquant l'ordonnance du 17 mai 1834, qui détermine d'une manière complète les conditions de validité des avances sur titres faites par cet établissement et ne fait pas allusion à l'article 1326 ».

II. De la remise de la chose engagée

En ce qui concerne le procédé juridique nécessaire pour effectuer la remise de la chose engagée, nous nous bornerons à énoncer le principe général, formulé à maintes reprises par la doctrine. « La remise du gage s'effectue par un procédé imité des modes de transfert de la propriété », nous dit M. Planiol². L'analyse juridique retrouve en effet dans le gage l'équivalent d'une cession restreinte. Cette règle n'est écrite nulle part dans les textes, mais elle résulte de l'origine du gage, de son développement historique, de la terminologie en usage « transport en garantie », et, en outre, elle est confirmée implicitement par les articles 2074 et 2075 du Code civil. Il doit donc y avoir identité des formes de la vente et de l'impignoration.

1. *Op. cit.*, n° 1422.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (9^e éd.), t. II, n° 2406.

On peut ajouter que la constitution de gage est assujettie à de nombreuses formalités pour être opposable aux tiers afin de les avertir qu'un bien appartenant à leur débiteur a été donné en gage à un tiers et d'éviter que cette mise en gage n'ait lieu pour une dette supposée et qu'ultérieurement il n'y ait substitution d'un bien de grande valeur à un de moindre valeur, d'où notamment la nécessité d'une dépossession effective et de la rédaction d'un écrit soumis à certaines conditions.

III. De la nature du droit réel de gage

Avant d'étudier ou tout au moins de donner un aperçu de la nature du droit réel de gage portant sur des choses incorporelles, il importe de préciser ce qu'il faut entendre par cette dernière expression. Observons tout d'abord que si l'on s'en tenait au sens strict des notions juridiques, le droit de gage porterait toujours sur une chose incorporelle comme se greffant sur le droit de propriété. Mais, dans toutes les législations, par suite de l'identification de ce droit avec son objet, c'est-à-dire avec le bien sur lequel il porte, on considère comme chose corporelle tout droit de propriété portant sur les « *res quae tangi possunt* », et par suite sont choses incorporelles « *ea res quae in jure consistunt* ». Par une impropriété de terme, le Code nomme même ces derniers « droits incorporels » alors que tous les droits, de par leur nature, sont incorporels. Ceux-

ci sont, ainsi que les définit Pothier¹ « ceux qui n'ont qu'un être moral et intellectuel et qui ne se perçoivent que par l'entendement; comme un droit de créance, une rente, un droit de succession, etc... »

D'autre part, au sens large, on peut définir le droit réel tout droit qui porte directement sur une chose déterminée. Le droit réel de gage est un droit réel grevant le bien affecté au paiement de la dette garantie. Le gagiste jouit des deux prérogatives du droit réel, nous dit M. Beudant² : « Le droit de préférence ainsi qu'il résulte des articles 2073 et 2102, n° 2 C. civ.; et le droit de suite, lequel se présente sous deux formes : 1° le droit de rétention que le gagiste possède envers et contre tous — article 2082 C. civ. — et 2° le droit de suite proprement dit ou droit de rechercher la chose engagée entre les mains des tiers dans la mesure restreinte où le législateur admettra qu'un meuble peut être suivi par la personne investie d'un droit réel sur ce meuble ».

Les jurisconsultes se sont accoutumés à concevoir les divers droits réels secondaires comme des démembrements du droit réel par excellence, du droit de propriété. Cette notion courante nous semble inexacte en ce qui concerne le droit réel de gage qui présente une nature toute spéciale. Il consiste, en effet, à détenir la

1. *Œuvres de Pothier* (éd. Buguet), t. I, p. 12.

2. Beudant, *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*. T. I, n° 21 et 22.

chose d'autrui sans possibilité de l'utiliser à son profit. Il ne fait que servir de moyen au créancier gagiste pour lui assurer la faculté de vendre la chose engagée à l'échéance de la dette garantie. D'après M. Planiol¹, tout droit réel de garantie n'est pas un démembrement de la propriété donné pour la jouissance des choses comme les droits d'usufruit, d'usage ou de servitude, « c'est un droit réel du second degré si l'on peut ainsi parler, qui est établi sur le droit de propriété lui-même plutôt que sur la chose et qui autorise le créancier à aliéner pour son profit particulier la chose de son débiteur ». Le gagiste jouira du droit de se payer par privilège et préférence sur le prix de cette vente.

On a aussi donné à ces droits le nom de droits réels accessoires.

La question qui se pose alors est celle de savoir si la notion de droit réel peut s'étendre aux biens incorporels. La nature de l'objet du droit a-t-elle une influence sur la nature même de ce droit? Les droits qui portent sur des biens immatériels sont-ils des droits réels? MM. Planiol, Ripert et Picard, dans leur *Traité sur les biens*², nous répondent que ce sont de véritables droits réels soumis à des règles qui dépendent de l'objet sur lequel ils portent. La réponse ne soulève guère d'objections quand il s'agit d'un meuble incorporel qui

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (9^e éd.). T. II, n° 2429.

1. Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*.
T. II. Les Biens. Avec le concours de M. Picard.

est lui-même un droit réel, tel que par exemple un droit d'usufruit sur une chose corporelle, mais elle rend perplexe quand il s'agit de droit de créance. Comment concevoir en effet un droit réel, qui suivant la définition classique est un droit absolu, portant sur un droit de créance qui se caractérise par son caractère relatif. Certains auteurs parlent alors de quasi-réalité.

M. Demogue, dans ses *Notions fondamentales sur le droit privé*¹, en tire argument pour démontrer qu'il y a une certaine parenté entre les droits absolus et les droits relatifs, et que tous les droits, réels ou personnels, s'analysent tous en des obligations. Par cela seul qu'un homme a un droit, c'est contre ses semblables qu'il l'a : il n'y a pas de droit contre les choses, « il n'y a simplement sur eux que des pouvoirs de fait que la loi ceint d'une armure sociale appelée « le droit ». On ne passe donc pas d'une catégorie à une autre, et cette simplification est bienfaisante à un certain stade de l'étude du droit où nous trouvons des droits personnels (créances) ayant pour sanction des droits réels (gages, hypothèques), des droits réels par suite absolus (droits de gage) portant sur des droits purement relatifs (créances).

M. Prodan² appelle les droits réels accessoires « des droits réels juridiques », démembrements de la pro-

1. P. 431 et suiv.

2. Prodan (C.), *Essai d'une théorie générale des droits réels*. Thèse Paris 1909, voir notamment p. 154 et suiv.

priété juridique : droit qui ne s'exerce pas directement sur la chose mais sur le droit qui s'applique sur la chose, c'est-à-dire la propriété matérielle. De quel droit plein ces démembrements pourraient-ils être ? Pas de la propriété matérielle, car celle-ci n'est qu'un droit de jouissance matérielle, tandis que la propriété juridique peut se définir d'après lui : un droit réel plein qui garantit la possession médiate d'une chose ou la possession d'un droit (du droit que l'on a sur la chose) pour une jouissance juridique perpétuelle. Cette propriété juridique présente deux caractères : 1° être un droit au second degré, c'est-à-dire un droit sur un droit ; 2° être un droit donnant une jouissance juridique des biens, c'est-à-dire le droit d'en poursuivre la valeur par des actes de disposition ou d'administration. Ce droit porte sur des droits réels ou de créance, actuels ou éventuels, sur la chose propre ou sur celle d'autrui, et, comme tout droit représente un bien et tout bien une valeur, ce droit sur un droit est donc un droit à un prix. Cette chose incorporelle s'étant en quelque sorte incorporée en son prix, tout droit est donc représenté par un prix. La nature du droit qui s'exerce sur ces choses idéales, incorporelles, est toujours réelle, affirme-t-il, car ce droit présente tous les caractères d'un droit réel. C'est un rapport juridique entre personnes, car il s'exerce par des actes juridiques et un rapport de jouissance matérielle, car le prix d'une chose contient, concentré, toutes les satisfactions futures ;

enfin, il s'applique à la possession d'une chose matérielle extérieure : le prix. Posséder une créance, pour M. Prodan, c'est posséder un prix. Le droit de gage, même portant sur une chose incorporelle, apparaît donc comme un droit réel juridique, démembrement partiel du droit plein qu'est la propriété juridique, donnant seulement le droit de vendre le droit sur lequel il porte.

M. Wieland¹, dans son livre sur *Les droits réels dans le Code civil suisse* (traduction de M. Bovay) étudie tout spécialement la nature du droit de gage portant sur les créances. Ce droit, dit-il, confère à son titulaire un droit absolu, c'est-à-dire opposable à tous; il a pour objet la créance elle-même et non le contenu de la prestation. D'où, dit-il, il y a là des droits sur les droits, et il en expose la théorie générale². Il nous montre les deux théories en présence : d'une part, une d'origine romaine, consiste à voir dans le gage sur les créances une cession de créances à titre fiduciaire : tous les droits compétant au titulaire de la créance passent au gagiste accompagnés de l'obligation de n'user des facultés qu'ils confèrent que dans une mesure déterminée et de transférer à nouveau la créance ou le droit à l'échéance de la dette garantie et après son paiement. D'autre part, une autre thèse adoptée

1. Wieland (traduction de Bovay). *Les droits réels dans le Code civil suisse*, T. II, p. 310 et suiv.

2. T. I, p. 590 et suiv.

par la majorité des auteurs, admet la possibilité d'existence de droits sur les droits, d'un véritable droit de gage sur les créances. Toutefois, l'on se demande si ce droit revêt ou non le caractère véritable de droit réel, de sorte que les dispositions sur le droit de gage sur des choses corporelles soient applicables sans restriction. M. Wieland reconnaît à ces droits la qualité de droits absolus semblables aux droits réels et auxquels il y a lieu d'appliquer par analogie les dispositions concernant ces derniers. Il argumente ainsi. Les droits réels, au sens propre, impliquent une maîtrise sur les choses elles-mêmes, ils font partie des seuls droits absolus conférant une maîtrise sur la chose. Le droit de gage n'atteint immédiatement que la créance elle-même, et de façon médiate seulement la chose due. Toutefois, ajoute-t-il, le droit de gage confère un droit absolu opposable à tout le monde et non seulement au débiteur; en cas de saisie sur les biens du constituant ou de faillite, le créancier gagiste prime tous les autres créanciers. D'où l'on voit alors la raison pour laquelle les droits du créancier véritable ne sont que relatifs tandis que les droits de gage dont ils sont grevés revêtent le caractère de droits absolus. Les droits du créancier ne peuvent pas, en règle générale, être restreints par ceux des tiers contrairement à ceux du créancier gagiste. Le titulaire de ces droits acquiert donc une maîtrise analogue à celle que confèrent les droits réels portant sur les choses : objets matériels

et forces naturelles. Il y a là un droit absolu d'un contenu identique.

Donc, quelle que soit la théorie adoptée, il semble que l'on puisse affirmer nettement que le droit de gage portant sur une créance ou un autre droit quelconque est bien un véritable droit réel.

IV. Des choses pouvant faire l'objet d'un gage, et notamment des choses incorporelles.

On peut ramener aux conditions suivantes celles nécessaires pour que des choses incorporelles puissent faire l'objet d'un gage.

1^o Ces choses doivent être mobilières, personnelles ou réelles, par exemple des créances mobilières, des valeurs mobilières, des brevets d'invention.

2^o Elles doivent être dans le commerce, c'est-à-dire susceptibles d'être vendues et cédées.

3^o Elles doivent être individualisées, et notamment s'il s'agit de créances conditionnelles ou futures, celles-ci doivent être appuyées sur un titre et leur espèce et leur nature doivent être déterminées au moment du nantissement.

4^o Elles doivent être susceptibles de tradition et de possession, ou tout au moins de quasi-tradition ou de quasi-possession.

V. Des conditions de validité du gage

On peut ramener à deux les conditions de validité du gage. D'une part, le débiteur ou le tiers bailleur de gage doit être titulaire du droit dont la possession est transférée au gagiste; cette condition, toutefois, souffre des tempéraments en ce qui concerne les titres au porteur, ainsi que nous le verrons plus loin.

D'autre part, la personne qui constitue le gage doit être capable de l'aliéner, puisqu'en cas de non-paiement de la dette garantie, il sera procédé à la vente du gage. Il vaut mieux dire : parce qu'il y a aliénation d'un droit réel, car, au fond, toute obligation renferme en elle-même une aliénation éventuelle du patrimoine (articles 2092 et 2093 C. civ.). Or tout droit réel étant un démembrement de la propriété, sa constitution entraîne donc une aliénation partielle, et pour toute aliénation partielle, il faut la même capacité que pour une aliénation totale. A ce principe, il faut cependant apporter des réserves en ce qui concerne les gages consentis par certains incapables. C'est ainsi qu'il a été jugé notamment que le gage étant l'accessoire d'un emprunt, et l'emprunt étant interdit au tuteur (articles 457 et 458 C. civ.), le gage était interdit au tuteur a fortiori. (Paris, 28 décembre 1905, S. 1906, II, 237).

La personne qui reçoit le gage doit être capable de s'obliger.

La sanction du défaut de propriété sera une action en revendication du propriétaire; celle du manque de capacité sera une action en nullité de la part de l'incapable; par suite, il y aura lieu à restitution de la chose engagée.

S'il y a eu constitution d'un mandataire, celui-ci doit être muni d'une procuration spéciale par application de l'article 1988 § 2 C. civ. Le mandat général ne peut en effet concerner que les actes d'administration, ce qui exclut la possibilité de consentir des droits réels.

À quel moment le nantissement doit-il être constitué pour être valable en cas de faillite du débiteur? Les articles 446 à 448 C. com. règlent la question. Les nantissements constitués par le failli pendant la période suspecte pour des dettes antérieurement contractées sont nuls de plein droit vis-à-vis de la masse, article 446 C. com. Si le nantissement est contemporain du crédit fait en temps suspect, il pourra être annulé, article 447 C. com., et il en est de même si la mise en possession du gagiste n'a eu lieu que pendant la période suspecte. Enfin, le nantissement constitué après le jugement déclaratif de faillite n'est pas opposable à la masse puisque le failli est dessaisi du droit de disposer de ses biens.

VI. De la demande et de l'offre du gage

Le gage est en général demandé par le créancier qui se munit ainsi d'une sûreté réelle. Parfois il est exigé

d'avance par la loi ou par un tiers qui se fait ainsi le gérant d'affaires de créanciers futurs. Nous trouvons un exemple de gage légal dans celui prévu par la loi du 27 décembre 1895 sur les caisses de retraite, de secours et de prévoyance fondées au profit des employés et ouvriers.

Le cautionnement des fonctionnaires n'est pas un contrat de gage, bien qu'il présente avec celui-ci une grande analogie.

Le gage peut être offert par le constituant ou par un tiers. Ce dernier n'est alors tenu que comme caution réelle. C'est l'application de « Res non persona debet ».

Le prêt sur gages est libre quand il ne s'agit pas de meubles corporels. La jurisprudence refuse d'appliquer l'article 411 C. Pén. notamment quand il s'agit de prêts sur créances, et les avances consenties par les établissements de crédit qui en font profession sont par suite licites.

Cass. Crim. 15 avril 1876, S. 1876, I, 234. D. 1876, I, 404 et sur renvoi, Aix, 29 juin 1876, S. 1876, II, 237. L'article 411 C. Pén. ne doit être appliqué qu'à ceux qui prêtent habituellement sur effets mobiliers et ne saurait être étendu aux avances sur titres ou autres objets incorporels.

VII. Du gage déguisé sous forme de vente

Le gage déguisé sous forme de vente est nul ainsi que l'affirme d'une manière constante une jurispru-

dence approuvée par la majorité de la doctrine. Cass., Req. 17 janvier 1876, D. 1876, I, 347; Cass. Req. 2 juillet 1856, D. 1856, I, 427. Troplong¹ notamment a objecté que le déguisement n'était pas en lui-même une cause de nullité, que par exemple, les donations déguisées étaient valables. Il est facile de répondre. Ainsi que M. Planiol² l'expose, « un contrat peut emprunter la forme d'un autre contrat quand ils ont leur effet principal identique » : le transfert de propriété pour la vente et la donation, mais dans l'espèce il n'est pas de même. Le droit de gage est un droit tout particulier qui ne peut être créé qu'en observant rigoureusement toutes les formalités que prescrit la loi. Et l'on peut encore ajouter que toutes ces formalités ayant surtout pour but l'intérêt et la protection des tiers, leur absence dénoterait par cela même une intention frauduleuse. De là résulte que le nantissement ne serait pas annulé si toutes les conditions de fond et de forme spéciales au nantissement avaient été remplies, ou, pour employer la formule de la Cour de Cassation, « si ce contrat réunissait les conditions essentielles exigées pour la validité du nantissement ».

VIII. De la commercialité du gage

A ce chapitre nous allons rattacher une question qui, si elle n'en dérive pas directement, se classe cepen-

1. Troplong, *Du nantissement, du gage et de l'antichrèse*, n^o 204 et 307.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (9^e éd.), t. II, n^o 2424.

dant dans les généralités qu'il est nécessaire de préciser « ab initio ». C'est la question de savoir quand le gage est ou n'est pas commercial, car nous savons qu'une réglementation toute spéciale, datant principalement de la loi du 23 mai 1863, concerne le gage commercial. Nous signalerons les diverses particularités de ce dernier pour chaque espèce de meuble incorporel, mais il nous a paru intéressant de dire dès maintenant quand le gage est commercial afin d'éviter de se poser cette question à chaque fois. Nous trouvons la réponse dans l'article 91 alinéa 1 du C. Com. modifié par la loi du 23 mai 1863, qui s'exprime ainsi : « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce... » Il faut et il suffit donc que le constituant de gage le consente pour un acte de commerce, peu importe que lui-même soit ou ne soit pas commerçant. La nature de la dette garantie par rapport au débiteur principal déterminera donc le caractère civil ou commercial du gage et peu importe que le gage soit fourni par le débiteur même ou par un tiers. Si l'on considère qu'en général le nantissement se rattache à une opération de prêt, il faudra donc que les deniers empruntés aient une estimation commerciale. La nature de la chose donnée en gage n'a aucune influence en l'occurrence.

Par « a contrario » le gage est civil quand il est constitué pour un acte civil.

Certains auteurs et notamment M. Beudant¹ interprètent différemment l'article 91 C. Com. et considèrent que le gage est commercial quand il est constitué par un commerçant et cela quelle que soit la qualité de sa créance. Par suite, le gage n'est civil qu'à deux conditions :

1^o Être constitué par un civil.

2^o Être constitué pour un acte civil.

D'après M. Wahl² l'article 91 C. Com. doit s'appliquer aussi bien quand l'acte est un acte de commerce pour les deux parties que quand il l'est pour l'emprunteur ou pour le prêteur. La loi, dit-il, n'exige qu'une chose, c'est que l'acte soit commercial. D'autre part, elle se réfère à l'article 109 C. Com. qui fonctionne aussi bien quand l'acte est commercial pour une seule partie que quand il l'est pour les deux, quoique à la vérité il ne fonctionne alors que contre la première. Mais l'article 91 C. Com ne fait aucune distinction, et « comme il s'applique vis-à-vis des deux parties quand l'acte est commercial pour le débiteur seul, on doit admettre comme naturel qu'il ait entendu s'appliquer également vis-à-vis des deux parties quand l'acte est commercial pour le créancier seul ».

Nous croyons qu'il est préférable de se rallier à l'opinion de la majorité de la doctrine qui semble être

1. Beudant (Ch.), *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*, T. I, n° 153.

2. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, n° 1369.

plus conforme au texte même de l'article 91 C. Com.

Le critérium de la distinction du gage civil et commercial est bien défini, et cependant il soulève bien des difficultés.

Si la constitution de gage est faite pour un acte de commerce, comment établir la preuve au regard des tiers que les fonds versés ont bien pour but de réaliser un acte de commerce? Si le débiteur est commerçant on appliquera évidemment la présomption de l'article 638 C. Com. d'après lequel toutes les obligations contractées par un commerçant sont réputées l'être dans l'intérêt et pour les besoins de son commerce. Mais « quid » si l'opération envisagée par lui a un caractère nettement civil et n'a aucun rapport avec son commerce? On sait, en effet, que la présomption de l'article 638 peut être combattue par la preuve contraire et ce créancier gagiste peut ainsi risquer de voir sa sûreté anéantie par suite de la non observation des formalités requises pour le gage civil.

Quid encore si l'emprunteur, après avoir déclaré à son prêteur que les fonds sont à destination commerciale, les affecte en réalité à une opération civile? Les tiers pourraient-ils en arguer la nullité du gage constitué conformément au droit commercial? L'admettre, c'est enlever toute sécurité aux prêteurs obligés de se fier aux déclarations des emprunteurs, et dans l'impossibilité matérielle de surveiller la disposition des fonds prêtés.

Les auteurs et notamment MM. Lacour et Bouteron¹ Lyon-Caen et Renault², Planiol, Ripert et Becqué³, sont en général d'accord pour admettre que le gage est valablement constitué selon les règles du Code de Commerce toutes les fois que les créanciers étaient autorisés à croire, d'après les circonstances, que les capitaux recevraient effectivement une destination commerciale.

De même, en sens inverse, semblable difficulté se présente quand il s'agit d'un emprunteur non commerçant. M. Deloison⁴ nous indique que le prêteur devra alors prendre ses précautions, par exemple, en se faisant écrire une lettre contenant la déclaration que l'affaire pour laquelle le prêt est fait est commerciale. S'il y a alors fraude de l'emprunteur et que le prêteur soit de bonne foi, la constitution de gage ne sera pas viciée, en admettant toutefois que le prêteur ait dû prendre toutes précautions nécessaires pour l'éviter. Il est impraticable en effet qu'il suive la destination effective des deniers, la loi ne peut l'exiger. Il faut admettre toutefois la nécessité d'une déclaration spéciale indiquant l'emploi que doit recevoir la somme prêtée.

Nous ferons enfin une dernière remarque, c'est que

1. Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial* (3^e éd.), T. I, n° 857;

2. Lyon-Caen et Renault, avec la collaboration de A. Amiaud : *Traité de droit commercial* (5^e éd.), T. III, n° 260.

3. Planiol et Ripert : *Traité pratique de droit civil français*. T. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué, n° 130.

4. Deloison, *Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères et des opérations de Bourse*, n° 287.

le gage commercial ne diffère du gage civil qu'en ce qui concerne les formalités de constitution et de réalisation du gage et que le droit commun s'applique en ce qui concerne la dépossession du constituant. Rappelons encore le principe général qu'à défaut d'un texte spécial du droit commercial, c'est le droit civil qu'il y a lieu d'appliquer, principe du reste rappelé dans l'Exposé des Motifs de la loi du 23 mai 1863. « Les auteurs du C. Com. ont pris, en toute matière, comme base de leur travail, sans que même il fut nécessaire d'y renvoyer expressément, les principes, les règles du C. Civ, s'attachant seulement à les compléter ou les modifier, quand il était nécessaire, pour les besoins du commerce. »

DEUXIÈME PARTIE

L'INSTITUTION DANS LE DROIT POSITIF FRANÇAIS CONTEMPORAIN

Les créances mobilières forment une grosse partie de la fortune de la plupart des membres de la société, et par conséquent sont un des instruments de crédit les plus répandus. Leur mise en gage est fréquente et si l'on considère que parmi les diverses formes de créances se trouvent les valeurs mobilières, on comprendra facilement l'importance des avances sur titres, partiquées surtout par les grands établissements de crédit. Le procédé de mise en gage des diverses créances variant suivant leur mode de transmission, nous allons donc successivement étudier les créances civiles à personne dénommée, transmissibles uniquement suivant les formalités de l'article 1690 C. Civil, puis les créances nominatives transmissibles par voie de transfert, puis celles transmissibles par voie d'endossement et enfin celles transmissibles par simple tradition. °

En conséquence, nous allons étudier d'abord tout particulièrement la mise en gage des créances civiles

à personne dénommée, et nous nous bornerons, par rapport aux autres, à exposer les différences caractéristiques dans les formalités de constitution du gage et les particularités relatives à leur réalisation.

Observons encore que le gage sur les créances porte plus spécialement le nom de nantissement.

CHAPITRE I

CREANCES CIVILES A PERSONNE DENOMMEE

Des créances pouvant être données en gage.— Toutes es créances peuvent être données en gage pourvu qu'elles soient dans le commerce. Elles ne doivent pas être incessibles comme l'est par exemple une créance d'aliments, une pension de retraite inaliénable. La jurisprudence est du reste très nette en ce sens. Les titres de pension sur l'Etat ainsi que la pension elle-même sont insaisissables, inaliénables et non susceptibles de faire l'objet d'un nantissement. (Paris 19 mai 1877 S. 1878. II. 177). Il faut noter toutefois que le gage serait possible dans la mesure où la cessibilité le serait quand il y a des dérogations à l'inaliénabilité.

La loi du 26 juillet 1917 a prohibé en principe les prêts des pensions servies par l'Etat, les départements, les communes, ainsi que par la Caisse des Invalides de la Marine et par la Caisse de prévoyance entre les marins français et a organisé un système spécial d'avances sur pensions.

Certaines créances sont inaliénables temporairement, soit par suite d'une entente réciproque entre les parties contractantes, soit par suite des modalités dont la propriété a été affectée, soit par suite d'une interdiction d'aliéner émanant par exemple de la volonté privée d'un testateur. La défense d'aliéner emporte alors interdiction de donner en gage et nullité des actes passés au mépris de cette interdiction. Paris 9 mars 1903 S. 1904. II. 204. Cass. Req. 16 janvier 1923. S. 1923. I. 107.

De même est nul le nantissement de valeurs dotales consenti par les époux au profit d'un tiers.

Paris 26 février 1903 S. 1904. II. 67.

Les dites valeurs étant inaliénables entre les mains de la femme qui seule aurait le droit de les constituer en gage en sa qualité de propriétaire, c'est là la véritable raison et non celle que donne la Cour de Paris. Il ne faut pas dire que le nantissement est nul parce qu'il y a une aliénation éventuelle de la propriété. Une jurisprudence bien établie décide en effet que le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière ne porte aucune atteinte au pouvoir du mari de disposer de cette dot, sauf le cas de stipulations du contrat de mariage contenant une clause de remploi obligatoire en cas d'aliénation des biens dotaux.

Une créance conditionnelle est cessible et peut être donnée en gage et le nantissement deviendra définitif par l'accomplissement de la condition à laquelle il était

subordonné. Cass. Civ. 27 janvier 1908. S. 1910. I. 537. Note de M. Naquet D. 1910. I. 522.

Il doit produire effet à partir du jour où il a été valablement consenti.

De même, une créance éventuelle pourra valablement faire l'objet d'un gage qui se constituera par la remise du titre reconnaissant le droit au créancier mais sans signification de la dation du gage.

En effet, tant que la créance est éventuelle, elle n'est pas encore née et par suite il n'y a ni créancier ni débiteur, d'où aucune signification n'est possible.

Quid en ce qui concerne les créances futures? Une chose future peut-elle être donnée en gage? La Cour de Bourges 29 avril 1901. S. 1902. II. 273. Note de M. Wahl et *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, page 176, répond par la négative : « Considérant que le gage qui porte, non sur un corps certain, mais sur une chose éventuelle et future, et non existante au jour de son affectation, est dénué de toute valeur et ne peut produire aucun effet de droit ». Cet arrêt a été critiqué à la fois par MM. Wahl et Demogue. Sans doute, fait observer ce dernier, le gage est un contrat réel, mais rien n'empêche les parties de faire antérieurement un contrat de promesse de gage qui donnera au jour de la naissance de la chose engagée le droit d'obtenir la remise de cette chose. En attendant, le futur gagiste sera créancier de la remise de la chose, par conséquent d'un droit réel. C'est licite. (Art. 1.130 du C. Civ.)

M. Wahl lui aussi trouve la solution jurisprudentielle contraire au droit commun de l'article 1.130. C. civ. Les cessions de créances futures sont possibles à condition que la créance cédée existe en germe. Certains auteurs et notamment MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes¹, Planiol, Ripert et Becqué², qui nient le gage des choses futures s'appuient sur ce que le gage étant essentiellement un contrat réel exige la mise en possession du créancier. M. Wahl répond qu'il est vrai que la mise en possession est exigée « inter partes », mais que par contre il n'est pas contestable que le contrat est valable comme promesse de gage. Certains textes, ajoute-t-il, impliquent même la validité du gage sur choses futures : l'emprunt sur cession de récoltes pendantes (loi du 24 juin 1874 art. 5. loi du 11 juillet 1851 art. 9).

Nous trouvons encore un jugement du Trib. de Commerce de la Seine (3 août 1901 Pand. fr. 1903. II. 267) déclarant lui aussi que, « si l'on peut valablement donner en gage des droits incorporels, il faut que ces droits soient existants, la validité du nantissement supposant le dessaisissement du débiteur. Tel n'est pas le cas dans l'espèce, les choses cédées consistant en créances futures et éventuelles. » M. Demogue, de nou-

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité théorique et pratique de Droit civil. Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (3^e éd.). T. I, n° 36.

2. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué. N° 90.

veau, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, page 172, trouve cette solution inexacte et regrettable. Quand un objet n'existe pas, on peut le promettre en gage pour le jour où on l'acquerra et ce jour-là le créancier aura une action pour se le faire remettre et alors le contrat réel de gage naîtra.

Mais nous trouvons postérieurement un arrêt de la Cour de Cassation du 8 janvier 1908 (*Revue trimestrielle de droit civil* 1908 p. 369) d'où résulte que les créances futures sont susceptibles d'être données en gage, au moins de façon éventuelle.

Enfin, une dernière remarque s'impose, c'est que le nantissement d'une créance n'est plus possible quand celle-ci est devenue indisponible par suite d'une saisie-arrêt pratiquée sur elle. Il en a été jugé ainsi notamment par un arrêt de la Cour de Cassation. Req. 11 janv. 1846 S. 1846. I. 444.

A) DU NANTISSEMENT CIVIL

Section I. — Des formalités de constitution du gage

Les formalités requises sont prévues par les articles 2075 et 2076 C. civ. que nous allons commenter en étudiant d'abord dans quelle forme le gage doit être constaté, puis à l'aide de quelles formalités le gagiste sera mis en possession du bien engagé.

§ 1. *De la constatation du gage par un écrit*

L'article 2075 C. civ. s'exprime ainsi : « Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré... ». Donc le gage doit toujours être constaté par un écrit et, celui-ci doit être nécessairement soit un acte public, soit un acte sous seing privé enregistré.

Que faut-il entendre par acte public ? On considère généralement que la loi a voulu viser par là tout acte authentique. On a cependant soutenu que tout acte d'une administration publique dressé dans le cercle de ses attributions était un acte public au sens de la loi et suffisait pour la validité du gage. Cette opinion est contredite par la terminologie usitée dans le Code.

Les énonciations que doit contenir l'écrit sont indiquées par l'article 2074 C. civ. dont le texte complète celui de l'article 2075 C. civ. Ce sont, d'une part, déclaration de la somme due et précisions nécessaires à l'effet de déterminer la créance pour sûreté de laquelle le nantissement est constitué, et d'autre part, désignation précise de la créance engagée qui devra être spécifiée par sa date, sa quotité, ses causes, et la nature du titre qui l'établit. Le motif de ces prescriptions, c'est la crainte de fraudes commises au préjudice des créanciers : antidate de la constitution de gage, dette

supposée, substitution d'un bien de grande valeur à un de moindre, essai par le débiteur de mauvaise foi de soustraire par ce moyen une partie de son actif à ses créanciers.

Observons, par suite, que cet écrit n'est pas exigé en tant qu'instrumentum, que preuve entre les parties, car inter partes le droit commun s'applique, et la convention peut être prouvée d'une manière quelconque, mais il est exigé à l'égard des tiers qui pourront se prévaloir de l'inobservation de la loi. C'est pour ces derniers à la fois un mode de preuve et une condition d'existence du privilège (argument du texte de l'article 2075). D'où résulte l'importance de cet écrit. Ce n'est pas là du reste une innovation de notre Code, car les motifs de cette prescription se trouvent dans un ancien arrêt de règlement du 25 novembre 1599 confirmé du reste par des ordonnances postérieures : ordonnance de janvier 1629 dite Code Michaud, ordonnance d'avril 1667 sur la procédure, ordonnance de 1673 sur le commerce, titre VI, art. 8 et 9.

Quelques difficultés se présentent encore. Quid tout d'abord si la créance engagée est indéterminée dans son chiffre, par exemple quand il s'agit d'un crédit illimité (ouverture de crédit, compte courant) ou d'une obligation de faire? D'après certains auteurs, il suffit de mentionner la cause de la créance et d'indiquer que son montant n'est pas liquidé. D'après d'autres, il serait nécessaire de procéder à son évalua-

tion et cela par un argument d'analogie avec les hypothèques, article 2132. M. Planiol objecte que c'est là ajouter à la loi, mais à notre avis, en pratique, il serait prudent de procéder à cette évaluation.

Une autre question s'est encore posée. N'y a-t-il pas lieu de compléter l'article 2075 par l'article 1328, ou autrement dit un acte sous seing-privé non enregistré mais ayant date certaine par un des deux autres procédés indiqués par l'article 1328 n'aura-t-il pas la même efficacité du point de vue de la validité du privilège?

Cette question, qui a été longtemps discutée, ne semble plus faire de doute aujourd'hui. L'affirmative est soutenue par la grande majorité de la doctrine et notamment par MM. Troplong, Thézard, Guillouard, Huc, Beudant, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Planiol et Ripert¹ et par la jurisprudence. L'on considère en effet que le but de la loi, en exigeant l'enregistrement, n'ayant été que de donner date certaine à

1. Troplong, *Du nantissement du gage et de l'antichrèse*, n° 199.

Thézard, *Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*.

Guillouard, *Traité du nantissement et de droit de rétention*, (2^e éd.), n° 66.

Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII. Du nantissement. N° 258.

Beudant, *Cours de droit civil français*. Les sûretés personnelles et réelles. T. I, n° 146.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (3^e éd.). T. I. n° 45 et 46.

Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué, n° 83.

Voir en sens contraire :

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français* (5^e éd. revue par Martin). T. VI, § 432, texte et note 7, page 256.

l'acte sous seing-privé et n'ayant mentionné l'enregistrement que parce que c'est le cas le plus fréquent, cette solution ne contrevient pas aux dispositions de la loi. Les précédents historiques sont du reste, en ce sens, la date certaine n'ayant jamais été exigée que pour prévenir des fraudes contre les tiers.

La seule objection, non négligeable du reste, qui ait été formulée, notamment par MM. Aubry et Rau, est la suivante : on est en matière de privilège, et par suite tout étant de rigueur, les textes doivent être interprétés restrictivement.

On y répond en faisant observer qu'il est manifeste que les termes de la loi n'ont pas été conçus dans un sens restrictif, l'enregistrement n'ayant été indiqué que parce que c'est le mode normal de donner date certaine à un acte. Mais aucun autre procédé en dehors de ceux indiqués par l'article 1328 C. civ. ne serait valable naturellement.

La jurisprudence est du reste bien fixée, ainsi qu'on peut s'en rendre compte, notamment en ce qui concerne la date certaine résultant de la relation de l'acte sous seing-privé dans un acte public, par un arrêt de la Cour de Cassation, Cass. Civ. 7 janvier 1851. D. 1851, I, 28, et en ce qui concerne la date certaine résultant du décès d'un des signataires par Cass. Civ. 17 février 1858, S. 1858, I, 365, D. 1858, I, 125, d'où il résulte que « l'enregistrement d'un acte sous seing-privé constatant la constitution d'un gage n'étant, ainsi que pour

tous les actes en général, non une formalité substantielle mais une formalité purement accessoire concourant à donner à l'acte de nantissement comme à tous les autres actes sous seing-privé date certaine à l'égard des tiers, laquelle date pouvant être établie par les différents modes de preuve énumérés en l'article 1328». Ces arrêts ont du reste été suivis d'autres rendus dans le même sens, notamment par les Cours d'appel (voir Lyon, 6 juillet 1889, S. 1892, II, 37. D. 1890, II, 113).

Y a-t-il un délai pour l'enregistrement de l'acte? La loi n'en prévoit aucun, mais en pratique, il sera prudent de remplir cette formalité le plus tôt possible puisqu'elle est nécessaire à la validité du contrat de gage à l'égard des tiers. L'acte devra avoir date certaine avant que les tiers n'aient acquis sur le bien engagé des droits opposables au créancier gagiste.

Nous reproduisons ici le modèle de rédaction d'un acte de nantissement proposé par MM. Bégis et Garret dans leur *Traité pratique des hypothèques, privilèges et nantissement*¹ :

« Par devant M^e X... et son collègue, notaires à P..., soussignés

A comparu

M. J. D. cultivateur demeurant à P...

Lequel voulant assurer et garantir le remboursement de la somme de deux mille francs, montant exi-

1. Ch. I, n° 3.

gible le 25 décembre 1905 d'une obligation par lui souscrite au profit de M. G... ci-après nommé suivant acte reçu par M^e X..., notaire à P... le 25 décembre 1894, et le paiement des intérêts à 5 % l'an, dont cette somme a été stipulée productive à partir du jour de l'acte et qui sont payables le 25 décembre de chaque année.

A par les présentes donné en nantissement à titre de gage

A M. P. G... propriétaire demeurant à P... à ce présent qui l'accepte,

Une créance au capital de mille francs montant d'une reconnaissance sur timbre de..... centimes souscrite à son profit par M. F. S. cultivateur demeurant à P..., le 15 novembre 1894 et portant cette mention « enregistrée à »; laquelle somme a été stipulée exigible le 15 novembre 1906 et productive à partir dudit jour 15 novembre 1894 d'intérêts à 5 % payables le 15 novembre de chaque année,

Ensemble les intérêts de ladite créance.

M. G... se reconnaît en possession de la créance dont il s'agit que vient de lui remettre M. D...

Il exercera sur la créance à lui donnée en gage les droits et privilèges que lui confère la loi jusqu'à concurrence de ce qui lui sera dû en principal et intérêts et ne sera pas payé à chaque échéance et ce, par préférence et priorité à M. D... et à tous autres.

Pour faire signifier les présentes à qui besoin sera,

tous pouvoirs sont donnés au porteur d'une expédition des présentes.

Les frais en seront supportés par M. D...

Pour leur exécution, les parties ont élu domicile à

.....
Dont acte. Fait et passé à P... en l'étude de M^e X... soussigné, l'an mil huit cent quatre vingt-quinze le... et lecture faite les parties ont signé avec le notaire. »

Si la constatation de gage, au lieu de faire l'objet exclusif d'un acte, était comprise dans le même acte que la disposition principale qu'elle est destinée à garantir, il y aurait lieu alors de remplacer l'énoncé de l'obligation par la convention principale elle-même.

§ 2. *De la remise du gage*

Deux conditions sont nécessaires : d'une part, une formalité variable suivant la créance engagée et qui en l'espèce est la signification de la constitution de gage au débiteur de la créance cédée (article 2.075 C. Civ.) et, d'autre part, une formalité, la même quel que soit le meuble engagé : la mise en possession proprement dite du créancier gagiste, article 2.076 C. Civ. formalité qui est de l'essence du contrat de gage et est même exigée « inter partes ».

De la signification de la constitution de gage.— L'article 2.075 du Code Civil exige que l'acte constatant la convention de nantissement soit signifié au débiteur

de la créance cédée pour que le privilège ait lieu à l'égard des tiers. Cette signification, qui se fera par huissier, aura pour but d'établir un lien de droit entre le tiers débiteur et le créancier gagiste et par suite l'empêchera de payer valablement son débiteur au préjudice des droits du créancier nanti. C'est en même temps une mesure de publicité du privilège à l'égard des tiers.

Une question qui a soulevé beaucoup de difficultés mais qui est maintenant presque unanimement résolue dans le même sens par la majorité de la doctrine et la jurisprudence, c'est celle de savoir si la signification peut être suppléée par l'acceptation du tiers débiteur donnée par acte authentique ?

L'objection qui se présente est la même que celle que nous avons étudiée à propos de l'article 1.328 C. civ. : nous sommes ici en matière de privilège et par suite tout est de droit strict et les textes ne peuvent être étendus.

Il semble cependant que la réponse soit encore plus facile ici. En effet, si l'on rapproche l'article 2.075 C. civ. de l'article 1.690 C. civ. on est frappé de leur similitude, et l'on ne voit pas pourquoi l'acceptation du débiteur cédé considérée comme suffisante par l'article 1.690 § 2 C. civ. puisqu'elle présente autant et même plus de garanties que la signification prévue à l'article 1.690 § 1 C. civ. ne serait pas ici considérée comme lui étant équivalente.

Il est hors de doute, que le gage des créances nécessite pour sa constitution au moins les mêmes formalités que pour leur cession. Or l'article 1.690 C. civ. considérant comme équivalentes la signification et l'acceptation, pourquoi n'en serait-il pas de même en matière de gage. Aucune raison vraiment sérieuse ne semble s'y opposer. C'est ce qu'ont compris du reste la majorité des auteurs et notamment M. Guillouard¹, qui précise que « c'est par un argument à pari de l'article 1.690 et par un argument à fortiori de l'article 2.075 qu'il faut reconnaître à l'acceptation de la constitution du gage les mêmes effets qu'à la signification. »

On avait aussi argumenté de l'art. 91 § 4 C. com. qui précise, dit-on, l'art. 2.075 C. civ. Cet article, modifié par la loi du 23 mai 1863, ne parle lui aussi que de la signification, or, dit-on, étant donné que la controverse avait été posée sur la valeur d'une acceptation par acte authentique, s'il y avait eu lieu d'admettre l'équivalence de ces deux formalités, cet article l'aurait mentionné. Cet argument nous semble à vrai dire, dénué de toute valeur juridique et de plus se retourner contre ses promoteurs. En effet, l'article 91 § 4. C. com. est ainsi rédigé : « Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2.075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification

1. Guillouard, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, n° 116.

du transport faite au débiteur. » Or, quelles sont ces créances ? Au sens littéral de ce texte, elles n'existent pas, car le cessionnaire de créances dont il est saisi par la signification du transport peut l'être aussi par l'acceptation de celui-ci donnée par acte authentique. Article 1.690 C. civ. Or, aucun doute ne s'élève : ce sont bien des créances visées par l'article 1.690 C. civ. que veut parler l'article 91 § 4 C. com. ce qui montre bien qu'aux yeux du législateur ces deux formalités (signification, acceptation par acte authentique) sont équipollentes, et que par suite ce serait certainement commettre une erreur que de s'attacher au texte littéral des articles 2.075 C. civ. et 91 § 4 C. com, pour en tirer des arguments a contrario repoussant l'acceptation, sous prétexte que la signification est seule mentionnée.

La jurisprudence est fixée maintenant, mais faisons observer toutefois que si dans certains arrêts elle annule des constitutions de gage parce qu'acceptées par le débiteur, c'est qu'il s'agit d'acceptations données par actes sous seings privés, c'est-à-dire, contrairement à l'article 1.690 § 2 C. civ. Ainsi en était-il dans l'arrêt de Cass. Req. 11. août 1869 ; S. 1869. I. 397 ; D. 1870. I. 81.

L'acceptation par acte authentique équivaut à la signification nous dit Cass. civ. 27 juin 1908. D. 1910. I. 522. S. 1910. I. 537. qui ne fait que continuer la thèse formulée en termes précis par : Cass. civ. 24 janvier 1905. S. 1905. I. 113. D. 1905. I. 493. « Attendu que la disposi-

tion de l'art. 1.690 C. civ. à laquelle se réfèrent virtuellement les articles 2.075 C. civ. et 91. C. com. s'applique dans son ensemble et par identité de motifs au transport à titre de nantissement. Par suite, l'acceptation faite par le débiteur dans un acte authentique a pour effet de rendre opposable aux tiers le privilège du créancier gagiste comme la signification de la constitution de gage, signification seule visée par l'art. 2.075 du C. civil. »

Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de signification? Ce sont ceux qui n'ont pas été parties au transport à titre de nantissement et dont ce transport peut compromettre les intérêts, par exemple le débiteur de la créance engagée, un cessionnaire de ladite créance, les créanciers chirographaires du débiteur.

Si des actes libératoires sont intervenus entre le débiteur et le créancier avant la signification, doivent-ils être constatés par des actes ayant acquis date certaine avant cette époque pour être opposables au gagiste? On admet l'affirmative en principe mais on reconnaît qu'il y a de nombreux paiements tels que ceux des loyers et des fermages pour lesquels on ne peut en pratique exiger l'enregistrement. Par suite, d'après l'opinion généralement adoptée, les juges auront un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la sincérité des dates des quittances.

Les avantages de la signification vis-à-vis du gagiste

sont de le mettre à l'abri de toutes les causes qui pourraient annihiler dans ses mains la sûreté qu'il s'est fait donner. Tels seraient par exemple : la cession ultérieure de la créance engagée à un tiers, le paiement du tiers débiteur effectué directement à son créancier, la saisie-arrêt que des créanciers pourraient faire dans la main du débiteur de la créance cédée en nantissement. Si la signification intervenait après une saisie-arrêt elle vaudrait comme simple opposition puisque comme celle-ci elle implique une interdiction faite au tiers de payer, et, si une contribution s'ouvrait, le créancier gagiste viendrait en concours avec le saisissant, mais conserverait son privilège vis-à-vis d'un saisissant postérieur. Des difficultés se présenteront alors pour régler les droits respectifs des parties.

La situation est analogue à celle qui se présente en matière de cession de créance pure et simple et des solutions analogues sont proposées à l'effet de résoudre le conflit.

Si la même créance avait été donnée en gage à deux créanciers, celui qui aura été nanti du titre engagé primera celui qui aura signifié avant lui sans avoir la possession du titre de la créance, par suite de la nécessité d'une mise en possession pour l'existence même du contrat de gage.

Il nous reste à apprécier maintenant quelle est la valeur, l'utilité réelle de la signification en tant que mesure de publicité à l'égard des tiers ? A leur égard

elle établit le droit de préférence du créancier gagiste. Mais, en tant que pure mesure de publicité, elle est inopérante. Le tiers débiteur est seul prévenu en effet. C'est lui qui renseignera les tiers qui lui en feront la demande et qui par suite seront à son bon vouloir, car aucune sanction n'est prévue. Pour que sa responsabilité entrât en jeu, il faudrait alors qu'il commette un délit ou quasi-délit civil (art. 1382), par exemple donner des renseignements faux mais rien ne l'empêche de se réfugier dans l'abstention de répondre. En dehors même de tout mauvais vouloir du débiteur cédé il se peut que ce dernier soit dans l'impossibilité de répondre (par exemple, à cause de l'effet d'une des circonstances suivantes : minorité, démence, etc.).

MM. Planiol, Ripert et Becqué¹ font observer qu'en ce qui concerne les polices d'assurances leur mise en gage pourrait s'effectuer au moyen d'un avenant.

Cass. 23 février 1909; D. 1910-I-253; — Revue trimestrielle de droit civil, 1910, page 851.

Mais cet avenant ayant pour résultat de faire du tiers un bénéficiaire de l'assurance à concurrence de sa créance, celui-ci conserve son droit de gage quand bien même il n'a pas en mains les titres de la police. Il y a plutôt une novation par changement de créancier qu'un véritable nantissement.

1. Planiol et Ripert, *Traité de droit civil français*, t. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué, n° 94.

De la mise en possession proprement dite. De la remise du titre. — La règle impérative est formulée dans l'article 2076 C. civ. « Dans tous les cas, le privilège ne subsiste qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. » Donc peu importe que les meubles soient corporels ou incorporels, ils doivent être mis en la possession du gagiste. Cette condition est de l'essence du contrat de gage puisque, nous l'avons vu, elle est requise même inter partes.

Mais comment peut-on posséder une créance? En en détenant la représentation matérielle, c'est-à-dire le titre qui la constate. D'où la conséquence suivante : on ne peut pas mettre en gage les créances qui ne sont pas constatées par des titres, solution très regrettable, certes, mais indéniable dans l'état actuel de la jurisprudence. La dépossession du débiteur doit être réalisée et elle le sera par la quasi-tradition de la créance.

Cette règle a été très critiquée, à juste raison, semble-t-il, mais elle a été niée aussi, et cela malheureusement à tort. M. Planiol¹ dit que la loi n'exige pas la remise du titre, mais il se heurte au texte de l'article 2076 C. civ., bien catégorique.

Signalons pour mémoire, parce que sans grande valeur et isolée, l'interprétation subtile que M. Delvas² a donnée de l'article 2076 C. civ. La mise en possession

1. *Traité élémentaire de droit civil* (9^e éd.). T. I, n° 2409.

2. Delvas, *Thèse* Paris 1892.

ne résulte pas de la remise du titre qui est donc inutile. Cet auteur part de cette idée qu'en réalité c'est seulement par leur objet qu'on possède les droits et que c'est donc de la détention de l'objet du droit réel ou de créance qu'il faut faire dépendre la possession du droit. « Un droit ne se possède pas par lui-même, mais bien par l'exercice de manifestations extérieures qui ne peuvent s'expliquer aux yeux du public que de la part du possesseur. » Sans doute, il est contraire à la notion de créance que le débiteur se dessaisisse de son objet car il y aurait alors paiement qui éteindrait la créance. Mais, dit M. Delvas, ne peut-on considérer comme tiers convenu le débiteur et admettre qu'aus sitôt la signification effectuée il possèdera l'objet de la dette pour le compte du gagiste? En outre, il argue de l'article 2228 C. civ., pour en conclure que l'article 2076 C. civ. sera appliqué du moment que le gagiste se comportera comme possesseur, par exemple, en prenant des mesures conservatoires, en touchant les intérêts.

M. Colmet de Santerre¹ soutient lui aussi que la condition de possession de gage ne peut être exigée en ce qui concerne les choses incorporelles. La possession d'une créance considérée en soi est inconcevable, dit-il, car on ne possède pas un droit, et la détention matérielle du titre de la créance n'est pas la possession de la créance. Donc lorsque l'article 2076 C. civ. exige

1. *Cours analytique de Code civil*, par Demante, continué depuis l'art. 980 par E. Colmet de Santerre. T. VIII. Du nantissement, n° 302bis.

que le gage ait été mis en possession du créancier, il ne peut s'appliquer qu'aux choses dont la nature ne résiste pas à son application et ne peut pas vouloir parler de la remise du titre. S'il l'avait voulu, il aurait été plus explicite et se serait expliqué comme dans l'article 1689 C. civ. L'article 1690 C. civ. qui concerne les tiers ne vise que la signification, or l'article 2075 C. civ. devant être considéré comme une application de l'article 1690 C. civ., il en résulte que la signification doit suffire à ensaisiner le gagiste.

Cette explication ingénieuse se heurte à l'article 2076 C. civ. qui, commençant par ces mots : « Dans tous les cas... » vise par cela même tous les meubles, corporels et incorporels.

On fait encore remarquer que l'article 1607 C. civ. remplace pour les droits incorporels la tradition matérielle par la quasi-tradition résultant de la remise des titres. C'est par elle que se fait la délivrance des créances en matière de vente, pourquoi n'aurait-elle pas lieu de même quand il s'agit d'une constitution de gage ?

De plus, on ajoute qu'il n'y a rien de surprenant à ce que deux conditions de publicité (signification, remise du titre) soient requises et on fait observer qu'il en est ainsi pour l'antichrèse (Loi du 23 mars 1855, art. 2). Enfin, il n'y a pas à vrai dire double emploi, car la remise du titre s'analyse en un fait matériel qui révèle plus directement aux tiers que le créancier n'a plus la libre disposition de sa créance.

On a aussi objecté que ces mots de l'article 2076 : « Dans tous les cas... » visaient tous les meubles corporels sans distinction de valeur et supprimaient par là la discrimination établie par l'article 2074 C. civ.

Mais c'est pécher manifestement contre la logique, car l'article 2076 C. civ. vise forcément les articles qui le précèdent et tout d'abord l'article 2075 C. civ.

MM. Planiol, Ripert et Becqué¹ dans leur Traité sur les sûreté réelles, critiquent vivement la nécessité de cette dépossession à l'aide des arguments suivants :

1° La remise du titre n'est pas, en dehors des créances constatées par un titre au porteur, une condition substantielle du gage. La signification suffit pour dessaisir le constituant.

2° La jurisprudence s'est trompée sur le sens de « mise en possession » appliquée aux créances. A la différence des choses corporelles et des titres au porteur, disent-ils, la détention matérielle du titre est indifférente et ne prouve pas que le droit de créance a été mis hors de la portée du constituant. De plus, la tradition est inapparente aux yeux des tiers.

3° Enfin cette solution a l'inconvénient de rendre impossible la mise en gage des créances non constatées par un titre, et son avantage de rendre la fraude plus difficile en empêchant la constitution d'un nouveau gage sur une même créance est souvent factice, puis-

1. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*. T. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué. Première partie, n° 95.

que la jurisprudence, quand il s'agit d'un acte authentique, exige non la remise de la grosse mais celle d'une expédition.

Ces considérations ne sont pas sans valeur, elles aboutissent à une solution plus rationnelle peut-être, mais à notre avis elles se heurtent au texte formel de l'article 2076 et à toute la tradition historique dont il est issu. Dans l'Ancien Droit, en effet, on n'admit la mise en gage des créances que parce qu'on reconnut possible leur quasi-tradition par la remise des titres qui les constatent, le gage étant essentiellement un contrat où il devait y avoir un transfert de possession. C'est là la solution qu'a consacrée le Code et qu'avec lui la jurisprudence a adoptée d'une manière constante. Nombreux sont en effet les arrêts de la Cour de Cassation exigeant que la remise du titre ait eu lieu pour qu'il y ait un nantissement valable. « Attendu qu'il est de l'essence du contrat de gage que la mise en possession de la chose entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties soit un fait apparent et d'une notoriété suffisante de nature à avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son patrimoine libre. » « La tradition effective d'un titre, c'est-à-dire d'un acte instrumentaire établissant l'existence du droit mis en gage, en matière de meubles incorporels, suffit mais est nécessaire pour révéler aux tiers le dessaisissement du débiteur. » Telles sont les formules de la Cour Su-

prême. Cass. Req. 11 juin 1846; S. 1846-I-444; — Req. 19 juin 1848; D. 1848-I-181; — Civ. 20 janvier 1886; S. 1886-I-305, note M. Lyon-Caen; — D. 1886-I-406; — Req. 13 mars 1888; S. 1888-I-302; — Civ. 19 février 1894; S. 1894-I-273; — D. 1894-I-420; — Civ. 24 janvier 1905; S. 1905-I-113; — D. 1905-I-493; — Req. 28 mai 1910; S. 1910-I-488.

Les Cours d'appel sont en parfaite concordance du reste : Liège, 15 mai 1810; S. 1811-II-54; — Aix, 21 juillet 1842; S. 1843-II-199; — Bourges, 9 juin 1854; D. 1855-II-252; — Paris, 21 juin 1893; D. 1893-II-470; — Paris, 7 août 1897; D. 1898-II-437.

La mise en possession est donc nécessaire, mais aucun délai n'a été imparti par la loi pour y procéder.

Par suite, elle doit donc avoir lieu avant que des droits sur le bien engagé aient été valablement conférés aux tiers. La question de savoir quand la mise en possession a eu lieu peut être résolue si les termes du contrat n'ont pas établi que le créancier était investi de la possession, par la constatation par procès-verbal d'huissier de la date de la mise en possession, afin d'éviter toute contestation ultérieure.

La dépossession du débiteur doit être apparente et permanente et le nantissement devient caduc en cas de restitution, même temporaire, du titre de créance, sauf une exception que consacre la jurisprudence, quand il y a nécessité pour son titulaire de faire valoir certains droits qui y sont attachés. On

considère alors qu'il n'y a pas de dépossession juridique.

Observation I. De la nature du titre qui devra être remis. —

Il faut remettre au créancier gagiste le titre d'où résulte le droit engagé. Il y a lieu de distinguer si celui-ci est un acte sous seing privé ou un acte authentique. Dans le premier cas, aucune difficulté ne se présente, on remettra l'original de l'acte.

Mais quid dans le second cas? Faudra-t-il remettre la grosse ou une expédition? Certains auteurs affirment la nécessité de la remise de la grosse et ils en donnent les arguments suivants : 1° Le titre *optimo jure* c'est la grosse (articles 1.283 et 1.335 du Code civil); et le Code civil n'indiquant pas expressément quel titre doit être remis, il y a lieu de l'interpréter en ce sens. 2° La grosse vaut titre exécutoire. Si le créancier ne la détient pas comment fera-t-il les commandements et les poursuites auxquelles il peut être obligé en vertu de l'article 2.081 du Code civil? Or, il ne s'agit pas là seulement d'un droit pour lui mais d'un « devoir rigoureux » dont il est responsable suivant l'article 2.080 § 1 C. civ. Le constituant étant désarmé par la remise de la grosse c'est à lui d'agir et notamment d'éviter que les intérêts de la créance ne se prescrivent conformément à l'article 2.277 C. civ. 3° Le constituant de gage doit être dessaisi complètement et ne rien retenir de la possession qu'il remet à titre de gage. Or, s'il n'y a

pas remise de la grosse, il n'y a pas tradition de tous les avantages de la possession effective. D'autre part, le but de la dépossession, c'est d'empêcher le débiteur d'affecter à nouveau le même bien à titre de gage; or, ce but n'est atteint que par la remise de la grosse, laquelle est unique puisqu'en principe il ne peut être délivré qu'une grosse pour un seul titre. tandis que le notaire détenteur de la minute, s'il s'agit d'actes notariés, peut délivrer indéfiniment des extraits et des expéditions.

La majorité des auteurs et la jurisprudence sont cependant en sens contraire, se basant sur les considérations suivantes.

1° L'expédition est certainement un titre, or la loi n'exigeant pas autre chose que la remise du titre, ce serait y ajouter que d'exiger la remise de la grosse.

2° D'autre part, le créancier peut se faire délivrer une seconde grosse. La partie qui veut l'obtenir n'a qu'à présenter à cet effet une requête au président du tribunal civil du domicile du notaire. (art. 844, 845 et 854 du Code Procéd. civ). Ce magistrat rend alors une ordonnance à la suite de laquelle la partie fait sommation au notaire de délivrer une nouvelle grosse tel jour en présence des intéressés. De plus, comme il est admis généralement que l'intervention de la justice n'est exigée que dans l'intérêt du débiteur, il en résulte qu'une nouvelle grosse peut être réclamée dès lors que celui-ci y consent et cela même sans l'autorisation du président.

Il est vrai, ajoute-t-on, que la sécurité du gagiste est moins grande mais cela tient à la nature du bien incorporel engagé et dans l'état des textes législatifs il ne peut en être autrement.

La jurisprudence, avons-nous dit, est également en ce sens. Voir instamment : Cass. civ. 20 janvier 1886; S. 1886-I-305; D. 1886-I-406; Cass. Req. 13 mars 1888; S. 1888-I-302 et Cass. civ. 27 janvier 1908; S. 1910-I-537; D. 1910-I-522.

Observation II. De la possession du gage par l'intermédiaire d'un tiers.— Il résulte de l'article 2.076 du Code civil que le gage peut avoir été mis en la possession soit du créancier, soit d'un tiers convenu entre les parties. Ce tiers ne pourra évidemment pas être le débiteur constituant du gage puisqu'il n'y aurait pas dessaisissement; ce ne peut être non plus, semble-t-il, le tiers débiteur de la créance engagée parce que ce serait lui qui détiendrait alors la preuve du droit de son créancier. Il ne sera pas nécessaire que l'acte par lequel ce tiers consent à détenir le bien engagé au nom et pour le compte du créancier gagiste ait date certaine, les modes de preuve du droit commun s'appliqueront ici. Il suffit que ce tiers soit capable de s'obliger mais il faut par lui la reconnaissance expresse qu'il détient pour le compte du créancier gagiste, une déclaration formelle et non équivoque. Si ce tiers était déjà dépositaire du titre de la créance, une simple notification

qui lui serait faite du contrat de nantissement serait insuffisante, selon la jurisprudence, comme ne manifestant pas d'une façon apparente le dessaisissement du débiteur, celui-ci étant du reste soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond.

La jurisprudence est très nette en ce sens.

Besançon 18 décembre 1895. S. 1896-II-71; Cass. civ. 3 août 1896. S; 1897-I-85; D. 1897-I-209

§ 3. *De la distinction de la convention de nantissement avec certaines cessions de créances*

M. Huc donne l'exemple suivant d'une de ces conventions tant soit peu ambiguës. Un débiteur déclare céder et transporter à son créancier tous ses droits à des créances dont il lui remet les titres pour en disposer comme de choses lui appartenant, néanmoins il se réserve de reprendre les dits droits en remboursant sa dette. On a dit qu'il y avait là une cession plutôt qu'un contrat de gage, car tous les éléments s'y trouvaient, la réserve de la reprise des titres n'étant subordonnée qu'à la condition de non aliéner les dites créances. Mais la Cour de Cassation, 3 juillet 1834. D Rép. v^o Nantissement n^o 104 a décidé qu'il y avait là un véritable nantissement, car les parties n'avaient pas voulu opérer le transport irrévocable des créances. Il semble bien que tout cela ne soit qu'une question de fait et qu'il y ait lieu d'apprécier dans chaque espèce s'il y

a là une véritable convention de nantissement ou non.

§ 4. *Du cas de gage tacite*

Dans un cas qui est réglementé par l'article 2.082 § 2 C. civ, le gage est tacite. Le droit de gage portant sur un bien s'étend à la garantie d'une autre créance, bien qu'aucun écrit ne le constate. L'article 2.080 § 2 s'exprime ainsi : « S'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le payement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au payement de la seconde. » Il semble que le législateur ait voulu interpréter ici la volonté des parties. Il résulte du texte même susmentionné que la seconde dette doit avoir pour origine des rapports contractuels entre le débiteur et le créancier nés postérieurement au nantissement. D'autre part, elle n'est pas garantie par un privilège mais donne seulement ouverture au droit de rétention.

Argument de ces mots : « Le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage. » La loi ne donne qu'une exception et non un droit de préférence. On ajoute d'autre part que l'art. 2.082 est de droit arbitraire et par suite de droit étroit.

Cependant, certains auteurs repoussent cette interprétation et considèrent que l'art. 2.082 consacre une extension du gage, et par suite confère au créancier tous les droits du gage exprès établi conventionnellement. M. Beudant donne comme argument que l'art. 2.082 *in fine* assimile ce gage au gage établi par convention : « lors même... » ce qui revient à dire, d'après lui, « comme s'il y avait eu convention ». Donc, les effets du gage conventionnel devront être produits.

Il nous semble qu'il est préférable de se rallier à la première opinion, avec du reste la majorité de la doctrine, car il faut tenir compte de l'intérêt des tiers et de ce qu'en matière de privilège tout est de droit strict, or rien dans l'art. 2.082 C. civ. ne nous autorise à penser que le législateur a voulu déroger aux art. 2.073 à 2.075 C. civ. Par suite, on ne peut pas reconnaître non plus à ce créancier gagiste les droits conférés par l'art. 2.078 C. civ.

Section II. — Des effets du gage

Quels sont les effets d'un contrat de gage régulièrement constitué ? Ils sont indiqués par les articles 2073 et 2078 à 2083 du Code civil. Après avoir signalé le principe de l'indivisibilité du gage, nous étudierons les effets de la possession du gage par le gagiste, notamment du point de vue du droit de toucher le capital de la créance engagée, puis les droits proprement dits

du gagiste, droits de rétention et de préférence, droits relatifs à l'exécution du gage, art. 2078 C. civ., et enfin les obligations qui peuvent incomber au créancier gagiste, restitution du gage en cas de paiement de l'obligation garantie et responsabilité possible par suite de faute dans les soins apportés à la conservation de bien engagé, article 2080 C. civ.

§ 1. *De l'indivisibilité du gage*

« Est tota in toto et tota in qualibet parte. » Le gage est indivisible, articles 2082 § 1 et 2083 du Code civil.

D'où deux principes sont à poser :

I. Le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage qu'après avoir entièrement payé la dette pour sûreté de laquelle il est constitué. Donc le nantissement subsiste dans son intégralité lors même qu'il y aurait eu paiement partiel de la créance engagée.

II. Nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur et du créancier, le gage reste indivisible. D'où les deux conséquences qu'en tire l'article 2083 § 2 et 3 :

« L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

« Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage

au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés. »

L'indivisibilité du gage n'étant pas de l'essence du nantissement, il en résulte qu'une convention contraire expresse est possible.

§ 2. *De la possession du gage*

La possession du bien engagé doit être remise au créancier gagiste, nous dit l'article 2076 C. civ. Et l'article 2080 C. civ. précise le caractère de cette possession : « Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ». Le gagiste a sur ce bien, ainsi que nous l'avons défini, un droit réel d'une nature toute particulière. La possession n'est pour lui qu'une condition d'exercice de son privilège, elle lui assure la possibilité de faire vendre le gage à l'échéance en cas de non-exécution de l'obligation garantie. Si l'on veut déterminer le véritable caractère de cette possession, il y a lieu de distinguer les rapports qui en naissent d'une part entre le créancier gagiste et le propriétaire de la chose engagée, et d'autre part entre le gagiste et les tiers. Vis-à-vis de ces derniers, il jouira du droit de rétention que nous étudierons plus loin.

Vis-à-vis du titulaire de la créance engagée, le gagiste n'apparaît juridiquement que comme un simple

détenteur, car il possède pour autrui. Il n'est pas propriétaire de la créance et par suite ne peut en disposer, tandis que le constituant du gage conserve la faculté de l'aliéner, sous réserve des droits du créancier nanti. Il n'en a pas non plus la jouissance, en ce sens que le gage n'est pour lui qu'un « dépôt » et qu'en conséquence, les intérêts de la créance ne lui sont pas acquis à titre de possesseur; il en est au contraire comptable et doit les imputer sur le montant de sa créance (art. 2081 C. civ.).

D'autre part, il doit veiller à la conservation de son gage et en est responsable aux termes de l'art. 2080 § 1 du Code Civil. Sa responsabilité est régie par l'art. 1137 du C. civ., c'est-à-dire, qu'il est tenu de la culpa levis in abstracto. S'il y a lieu à des impenses nécessaires, il aura une action en remboursement contre son débiteur (art. 2080 § 2 C. civ.). Il n'est pas responsable en cas de force majeure, par exemple, si l'insolvabilité du débiteur de la créance engagée est survenue sans qu'on ait à lui reprocher aucune négligence.

Pratiquement, la jurisprudence nous donne des exemples où le créancier gagiste a été tenu comme responsable pour manquement à ses obligations résultant de la possession. La Cour de Cassation Civ. 21 novembre 1894; D. 1895-I-117 considère que quand une inscription hypothécaire garantit la créance remise en gage, le gagiste est tenu de veiller au renouvellement de cette inscription en temps utile. Nous trouvons

également. ayant statué dans le même sens, un arrêt de la C. Cassation Civ. 29 juin 1904; S. 1904-I-416, basé également sur la responsabilité incombant au gagiste pour toute perte ou détérioration du gage.

Le gagiste, nous l'avons dit, a le droit de toucher les intérêts de la créance dont il est nanti, et par suite d'en poursuivre le recouvrement par toutes voies de droit. Il fera l'imputation de ceux-ci d'abord sur les intérêts qui peuvent lui être dus, puis sur le capital de la dette (art. 2081). Il aura donc qualité pour agir contre le débiteur de ces intérêts, et l'on considère généralement qu'il agira au nom du débiteur, par l'effet d'un ordre de mandat émané de celui-ci. Il n'y a cependant pas là un véritable mandat, car il tient son droit de la loi. Le créancier pourra même avoir, le cas échéant, sa responsabilité engagée, s'il a négligé de percevoir les intérêts et que ceux-ci se soient prescrits conformément à l'art. 2277 C. civ.

S'il s'agit d'une rente, le créancier gagiste a le droit d'en toucher les arrérages. Paris, 21 juin 1893; D. 1893-II-470; — et Cass. Req. 28 novembre 1894; D. 1895-I-243.

Mais ici encore va surgir une difficulté. Si la créance engagée vient à échéance, le créancier gagiste va-t-il avoir le droit d'en percevoir le capital? La question est controversée, mais la généralité des auteurs enseignent la négative. Ils en donnent les arguments suivants : le gagiste n'a pas qualité pour recevoir le montant du

remboursement avant l'échéance de sa créance, car ce serait alors s'approprier le gage par voie de compensation, ce qui est contraire à la nature du gage. M. Huc ajoute encore cette considération : souvent, dit-il, la créance engagée est notablement supérieure à celle garantie; si le gagiste avait le droit de la toucher, il deviendrait débiteur pour le surplus, or il n'est pas permis de supposer que les parties ont eu l'intention d'autoriser le créancier gagiste à percevoir des sommes quelquefois considérables sans aucune garantie.

Enfin, l'on fait encore valoir que l'art. 91 § 5 C. com. serait inutile si le Code civil avait établi un droit commun conforme. On ajoute encore que cette solution poserait une exception au principe posé par l'art. 1239 C. civ. et que l'on ne peut pas présumer le mandat.

Si, d'autre part, l'on considère que le débiteur, lui non plus, ne peut pas recevoir le paiement parce que ce serait disposer du gage avant l'échéance et qu'en outre la signification faite au tiers débiteur équivaut à une opposition ou une saisie-arrêt, on se demande alors comment la difficulté qui se présente est susceptible d'être résolue. Une seule solution semble possible, c'est le paiement fait du consentement des deux parties intéressées et la consignation de la somme versée aux mains d'un tiers, par exemple, à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Quid, au surplus, si une clause particulière insérée dans le contrat de nantissement confère au créancier

le droit de toucher le montant de la créance devenue exigible? On s'accorde assez généralement (sauf cependant un arrêt en sens contraire de la Cour de Bourges, 5 juin 1852; D. 1854-II-125), à regarder cette clause comme valable et on l'analyse, suivant les conventions, soit en un mandat révocable dont il doit être rendu compte, soit en une délégation s'il y a cession de propriété.

La validité de cette clause a cependant été contestée par certains auteurs. On y a vu une infraction à l'art. 2078 C. civ. Mais on répond à cette objection, que c'est donner à cet article une fausse application, car le créancier est autorisé à recevoir la somme due non pas « jure dominii » mais « jure pignoris ». Il ne devient pas propriétaire de la créance et doit rendre compte, car il agit en tant que mandataire. Au surplus, on peut peut-être ajouter que son mandat est révocable (art. 2004 C. civ.). De plus, dit notamment M. Benech, conclure du droit d'exiger le paiement d'une créance au droit d'en disposer est une conséquence démentie par le législateur dans les articles 450 et 1428 § 2 du Code civil.

M. Huc¹ ajoute que, quand il s'agit d'un effet de commerce, la loi (art. 91 § 5 C. com.) admet l'existence et par suite la validité d'un mandat tacite autorisant le créancier à toucher à l'échéance le montant des

1. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. XII. Du nantissement, n° 393.

valeurs engagées. Ce mandat, dit-il, n'est pas considéré par la loi comme donnant au créancier sur la chose engagée un droit de disposition incompatible avec le caractère précaire de sa possession. Ce mandat ne saurait pas être présumé en matière civile, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit donné en termes formels dans l'acte constitutif de gage.

Une solution à la difficulté présentée par l'absence de toute clause concernant la personne autorisée à recevoir le montant de la créance avait été le remploi de la somme touchée, procédé usité par certains créanciers gagistes, mais condamné comme sans valeur par la Cour de Cassation dans un arrêt de Civ. 24 janvier 1905; S. 1905-I-113 (note de M. Lyon-Caen); — D. 1905-I-493. « ... Attendu l'art. 2076 C. civ.... « Attendu que les créances ont été remboursées... « que par suite le privilège du créancier gagiste ne pouvant s'exercer que sur les deniers remboursés et dans les formes déterminées par la loi... si les sommes remboursées ont été employées à un prêt et à l'achat d'une rente sur l'Etat, les créances résultant du prêt et de la rente ne peuvent être affectées par privilège aux droits du créancier gagiste qu'à la condition d'avoir été l'objet d'un *nouveau contrat de nantissement*; il ne suffit point que l'acte de rente et le titre de prêt portent l'indication de l'origine des deniers. » La Cour de Cassation ne motivant pas son affirmation, il nous importe de rechercher les principes de droit qui la rendent exacte.

Au préalable, nous allons exposer la théorie contraire, admettant que le privilège peut s'exercer sur les valeurs acquises en remploi. Si les deniers provenant du remboursement de la créance arrivée à échéance avant que la créance garantie fût devenue exigible ont été employés d'accord entre le débiteur et le créancier gagiste à l'achat d'une valeur mobilière ou à faire naître une autre créance par un prêt, en un mot, s'ils ont été remployés, pourquoi, dit-on, ces biens acquis en remploi ne seraient-ils pas grevés du privilège du gagiste à condition toutefois qu'il n'y ait aucun doute sur l'origine des deniers? Il y a là, dit-on, un cas de subrogation réelle par suite duquel des biens sont remplacés dans le patrimoine de celui à qui ils appartenaient par d'autres biens qui doivent recevoir la même affectation. Et l'on ajoute qu'il n'y a là rien de contraire à l'équité, car, si l'on procède autrement, le gagiste, par suite de l'emploi des deniers payés, souffre un préjudice dont les autres créanciers du constituant de gage bénéficient en ce sens qu'ils ne sont plus primés par le privilège du créancier, lequel n'existe plus faute d'objet.

Rien ne s'oppose, dit-on, à ce qu'on fasse appel à la subrogation réelle, car dans bien des cas (art. 132-747 1.407-1.559 C. civ.- loi du 19 février 1889 art. 2) le législateur a fait intervenir cette notion et a admis que certains biens doivent être considérés en droit comme en remplaçant d'autres et recevoir par suite l'application des règles qui régissent ceux-ci ou être frappés des droits

qui les grevaient¹. La jurisprudence a même été plus loin et a admis la subrogation réelle dans des cas qui n'étaient prévus par aucun texte, jurisprudence du reste approuvée par une partie de la doctrine. On fait en outre observer qu'on doit d'autant plus faire jouer la subrogation en notre matière qu'il s'agit d'un privilège et qu'en matière de séparation des patrimoines où il est également question d'un droit de préférence (accordé aux créanciers héréditaires) on admet sans difficulté l'application de la subrogation réelle.

Mais M. Lyon-Caen², repousse toutes ces raisons et les considère comme sans portée. Il est très douteux, tout d'abord, dit-il, qu'on puisse admettre la subrogation réelle en dehors des cas expressément prévus par la loi, car on peut voir dans cette notion une sorte de fiction qui, par suite, ne doit pas être étendue. De plus, l'exemple de la séparation des patrimoines ne prouve rien, car il s'agit là d'une universalité juridique, d'une masse de biens et non de biens particuliers comme en matière de nantissement.

Au surplus, fait-il observer, même si l'on admet une théorie générale de la subrogation réelle, cette théorie est certainement inapplicable lorsqu'elle est exclue par un texte de loi, et tel est le cas, lorsqu'elle peut nuire aux droits de certains tiers. Or, le Code civil

1. Voir M. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901.

2. Dans sa note susvisée sous Cass. civ., 24 janvier 1905, S. 1905, I, 113.

dans les art. 2.074 et 2.075 exige formellement que l'acte constitutif de gage indique d'une manière expresse la nature et l'espèce des choses engagées, et cela afin d'éviter toute substitution d'un bien à un autre, ce qui pourrait entraîner des fraudes préjudiciables aux tiers. Or, si l'on suppose par exemple que le débiteur de la créance formant remploi devienne insolvable, les autres créanciers du constituant de gage en subiront le contre-coup puisque le gagiste viendra concourir avec eux, s'il n' a pas pu se faire payer intégralement sur le prix de la chose subrogée. Il y a en effet une profonde différence entre le dépôt de la somme payée et son emploi en un prêt ou un achat de valeurs, car en cas de dépôt le privilège s'exercera exactement sur la somme due en vertu de la créance mise en gage et en cas d'emploi sur une somme qui peut être supérieure ou inférieure. D'autre part, si cette somme est déposée à la Caisse des Dépôts et Consignations, aucun risque d'insolvabilité n'est possible.

Si l'on se reporte à la théorie de la subrogation réelle telle qu'elle est exposée par M. Capitant dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1919 (p. 383 à 416), on arrive aux mêmes conclusions, ou plutôt au lieu de dire qu'il n'y a pas du tout de subrogation réelle dans le sens de : « Res succedit loco pretii et pretium loco rei », on dira : il y a subrogation réelle au premier degré : « pretium succedit loco rei » : le privilège du gagiste s'exercera sur les deniers provenant du paiement de la

créance engagée, mais on affirmera avec la même certitude, il n'y a pas subrogation réelle au second degré : « *res succedit loco pretii* », le privilège ne s'exercera pas sur les créances ou les valeurs mobilières achetées avec les deniers provenant du paiement de la créance mise en gage. L'équité, dit M. Capitant, exige le premier effet mentionné, à savoir que le droit de préférence passe sur le prix du bien qui en était grevé, bien qu'il s'agisse ici de « *judiciis singularibus* » pour lesquelles il est vrai de dire que « *res non succedit loco pretii* » mais pour lesquelles il est inexact d'affirmer que « *pretium non succedit loco rei* ». La subrogation a lieu au premier degré, mais elle ne peut pas aller au delà, et si elle est admissible au premier degré, c'est parce qu'elle donne satisfaction au besoin d'équité qui exige la sauvegarde des créanciers qui se trouveraient dépouillés, par le fait du paiement, de leur droit de préférence. La subrogation ne peut jouer au second degré parce que le droit de préférence, attribut du droit réel portant sur la créance, est éteint par l'extinction de celle-ci et ne peut s'exercer sur le bien acquis en remplacement sur lequel il n'existe pas.

§ 3. *Du droit de rétention*

Le gagiste jouit d'un droit de rétention opposable au constituant et aux créanciers de celui-ci. Ce droit résulte de l'art. 2.082. C. civ. Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer

la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été constitué. Ce droit de rétention est certainement opposable au débiteur, mais est-il opposable à tous les tiers, et notamment aux créanciers du propriétaire du gage qui voudraient saisir et faire vendre? La question est discutée, mais résolue généralement dans le sens de l'opposabilité absolue par la doctrine. Le droit de rétention est absolu tant avant qu'après l'échéance, car le créancier a sur le meuble dont il est nanti un droit réel, donc opposable aux tiers, et ledit droit ne disparaîtra que par le paiement de l'obligation garantie. Le droit devra être subi par les autres créanciers du titulaire de la créance engagée au préjudice desquels le débiteur eût pu aliéner la chose engagée s'il l'avait voulu. Il y a là par suite obstacle à leur droit de faire saisir les biens de leur débiteur. Un tempérament est du reste apporté à cette règle car on admet qu'ils auraient le droit de faire vendre le bien engagé mais que le tiers acquéreur n'en pourrait prendre possession qu'après avoir désintéressé le créancier nanti.

La jurisprudence, elle, semble être orientée en sens contraire et considérer le droit de rétention comme opposable au seul débiteur. Pau 28 mars 1892; S. 1893-II-225; D. 1894-II-419 (arrêt relatif à un meuble corporel mais pouvant s'appliquer aux meubles incorporels par voie d'analogie). Le droit de rétention concerne uniquement les rapports entre créancier et débiteur,

art. 2.082 C. Civ., et par suite reste étranger aux tiers et ne peut permettre de s'opposer à la saisie et à la vente forcée par les tiers créanciers des biens qui constituent le gage. Les articles 609 et 661 du C. Procéd. civ. montrent d'autre part que le bailleur, créancier gagiste, ne peut s'opposer à la vente.

Mais cette solution a été vivement critiquée par la doctrine qui fait observer que si elle était exacte le droit de rétention ne serait qu'un leurre pour tout « rétenteur » dont la créance ne serait pas privilégiée, car la rétention par elle-même ne confère pas un privilège. (par exemple le depositaire, l'artisan art. 570 C. civ., le preneur expulsé art. 1.749 C. civ, le mandataire...). Si, dit-on, on peut vendre et leur enlever l'objet qu'ils retenaient, ils ne viendront sur le prix que comme créanciers chirographaires et quelle sera alors l'utilité de leur droit de rétention? Le droit de rétention est tout autre; il est opposable à tous et la preuve c'est que l'art. 1.613 C. civil autorise le vendeur à l'opposer aux créanciers de l'acheteur. A fortiori, il ne peut donc être méconnu par de simples créanciers chirographaires, qui lorsqu'ils saisissent ne sont pas autre chose que les représentants de leur débiteur, qui, lui, est tenu de respecter le droit du rétenteur. De plus, les actes par lesquels le débiteur diminue le droit de gage général des créanciers leur sont opposables et la constitution de gage n'est qu'une diminution de patrimoine. On formule encore l'objection suivante : tous les créanciers vont être tenus en échec

par le rétenteur et verront leur être dénié le droit de saisie qu'ils tirent de l'art. 2.092 du C. civ.

On y répond en admettant le tempérament suivant. Les créanciers peuvent saisir et même vendre l'objet retenu mais l'acquéreur ne pourra en prendre possession qu'en désintéressant le rétenteur, car ce dernier a le droit de retenir le bien jusqu'à ce qu'on l'ait intégralement désintéressé.

D'autre part, si le bailleur est traité autrement, art. 609 C. Procéd. civ. c'est parce qu'il est imparfaitement nanti, son gage étant resté en la possession de son débiteur.

On a encore objecté la place de l'art. 2.082 à la suite des articles sur les obligations personnelles, or, dit-on, s'il consacrait un droit réel, il aurait été placé à la suite des articles sur le privilège. D'autre part, les formalités des art. 2.074 à 2.076 C. civ., ne sont exigées que pour le privilège mais non pour le droit de rétention, or, pourquoi y aurait-il eu une différence si le second était opposable aux tiers? Il est facile de répondre à cette objection en faisant remarquer qu'il y a lieu d'appliquer ici les principes généraux sur le droit de rétention que nous avons mentionnés.

Enfin, l'on ajoute que ce qui a pu faire illusion pour le gagiste, c'est qu'il avait un privilège sur le prix et l'on a voulu alors concilier son droit avec celui des autres créanciers. Cependant, il n'en reste pas moins certain que son droit de rétention lui permet de s'opposer

à tout dessaisissement des biens retenus jusqu'à ce qu'il ait été intégralement payé.

On fait encore remarquer que ce droit de rétention peut être quelquefois très utile s'il y a d'autres créanciers privilégiés. Ce droit a son utilité propre et assure une complète efficacité au gage. De plus, le privilège ne fait pas disparaître tout avantage du droit de rétention pour le créancier gagiste qui peut vouloir choisir son moment opportun pour la vente du gage, et si d'autre part la créance impayée produit des intérêts, le créancier gagiste a tout intérêt à rester nanti par suite de l'article 2.081 C. civ. Enfin, on peut encore craindre que le privilège même ne soit contesté si par exemple les formalités requises ont été insuffisamment remplies. En outre, dans le cas prévu par l'art. 2.081 § 2 C. civ., le droit de rétention est le seul droit accordé au gagiste.

On fait encore valoir que s'il n'en était pas ainsi l'article 547 C. com, serait inutile.

§ 4. *Du privilège du créancier gagiste*

L'art. 2.073 C. civ. s'exprime ainsi : « Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers. Et les art. 2.074, 2.075 et 2.076 spécifient que le privilège n'existe que si les formalités de constitution du gage ont été dûment accomplies. C'est le cas de dire : *Forma dat esse rei*.

L'art. 2.102 2^o C. civ. qualifie également ce droit de privilège. Et, cependant il n'y a pas là un véritable privilège au sens de l'art. 2.095 C. civ. « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. », car le privilège du créancier gagiste peut être attaché à n'importe quelle créance et cela de par la volonté des parties contractantes. On le qualifie quelquefois de privilège conventionnel par opposition aux autres appelés alors privilèges légaux. MM. Planiol, Ripert et Becqué ne voient dans ce privilège que l'effet direct et nécessaire du droit réel de gage qui en tant que droit réel ne peut être soumis à la loi du concours.

Le droit de préférence du créancier gagiste s'exercera sur le prix de la chose vendue et garantira le paiement du capital dû, des intérêts et frais. Si la même créance avait été donnée en gage à plusieurs par suite de sa possession par un tiers convenu, on appliquerait la maxime : « Prior tempore, potior jure », et l'on considérerait comme le premier en date celui qui a rempli toutes les conditions nécessaires pour rendre son gage opposable aux tiers.

Pour que le gagiste puisse exercer son privilège, il faudra que le meuble engagé ait été préalablement réalisé car les privilèges ne s'exercent que sur le prix des biens qu'ils grèvent. Aucune difficulté ne se présente s'il n'y a que des créanciers chirographaires, mais quid

si d'autres privilèges grèvent la créance engagée? Il faut appliquer le droit commun, art. 2.096 C. civ. c'est-à-dire que le créancier gagiste ne viendra qu'au rang déterminé par la qualité de son privilège. Il sera donc primé par les créanciers qui ont un privilège l'emportant sur le sien, ainsi, il le sera par le privilège des frais de justice, loi du 1^{er} germinal au XIII article 47. D'autre part, on sait qu'en cas de conflit entre des privilèges généraux et un privilège spécial, ce dernier l'emportera sur tous les autres. Enfin, s'il y a conflit entre deux privilèges spéciaux sur des meubles, le privilège basé sur une idée de mise de valeur primera celui fondé sur le nantissement, comme lui ayant été utile à moins que le créancier nanti ne puisse invoquer l'art. 2.279, ce qui n'est le cas que pour les titres au porteur.

Quid enfin en cas de faillite du constituant de gage? Cette situation qui se présentera rarement dans la pratique pour un nantissement civil mais qui n'est pas impossible (gage constitué par un commerçant pour une opération civile), est réglementée par les art. 546 à 548 du C. de commerce qui distinguent trois hypothèses.

1^o Les syndics de la faillite (ou le débiteur avec le liquidateur judiciaire) pourront retirer les gages au profit de la faillite en remboursant la dette. Art. 547 C. commerce.

2^o Le gage n'est pas retiré par les syndics et il est vendu par le créancier pour un prix qui excède la créance,

le surplus sera recouvré par les syndics; si le prix est moindre que la créance, le créancier viendra à contribution pour le surplus, dans la masse, comme créancier ordinaire. Art. 548 C. com.

3° Enfin, le créancier s'abstient de réaliser le gage. Il ne pourra pas alors participer aux distributions chirographaires car il n'est inscrit dans la masse que pour mémoire. Art. 546 C. com.

MM. Planiol, Ripert et Becqué¹, ajoutent que les motifs de l'art. 546 C. com. conduisent aux solutions suivantes :

I. Le créancier gagiste doit être admis à participer à la distribution des deniers si la créance dont il est nanti est conditionnelle, car il lui est alors impossible de réaliser immédiatement sa sûreté.

II. Si la créance est à terme, l'art. 546 s'appliquera, car la jurisprudence applique l'art. 544 C. Com. même aux créanciers ayant des sûretés réelles.

III. L'art. 546 ne vise pas le cas où le gage est fourni par un tiers, car alors il est en dehors du patrimoine du failli sur lequel s'exercent exclusivement les droits de la masse, et le gagiste pourra participer à la distribution des deniers.

§ 5. *De la réalisation ou de l'exécution du gage.*

Le privilège du gagiste s'exerce sur le prix de vente du gage, mais le gagiste a le droit non seulement de

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de E. Becqué, n° 125.

faire vendre le gage mais de se le faire attribuer après estimation par experts. Art. 2078 § 1 du Code Civil : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères ». Donc, deux droits compétent au gagiste :

I. Le créancier a le droit de faire vendre le gage en cas de non-paiement de la dette garantie. Mais au préalable, il devra toujours obtenir l'autorisation de justice en mettant en cause le débiteur, et s'il y a lieu le tiers bailleur du gage. Le tribunal, saisi par voie d'ajournement et non de requête, ordonnera la vente, laquelle doit se faire aux enchères. Toute convention contraire, dispensant de recourir à l'autorité judiciaire est nulle, spécifie l'art. 2078 § 2. Toutefois, l'on admet généralement, que le mandat de vendre donné par le constituant de gage au gagiste serait valable comme ne tombant pas sous le coup de la prohibition de l'art. 2078 C. civ., les pouvoirs conférés étant essentiellement révocables.

Les frais de justice et de vente seront à la charge du débiteur qui les a rendus nécessaires en n'exécutant pas son obligation de payer (art. 1248 C. civ.). Voir Cass. Civ. 31 juillet 1913; D. 1915-I-65. En cas de nécessité urgente de vendre, les parties pourront toujours s'adresser au juge des référés qui sera compétent pour déterminer les formes de la vente.

C'est le débiteur qui est le vendeur, et par suite, si le prix atteint est plus élevé que le montant de la créance garantie, la soulte lui reviendra.

Dans quelles formes se fera la vente? Le Code de Procédure civile n'a pas organisé la vente des meubles incorporels, sauf quand il s'agit de rentes sur particuliers (art. 636 et suivants du Code de Procédure civile). En principe, la vente doit se faire aux enchères publiques, c'est-à-dire avec publicité et concurrence, avec toutes les formalités prescrites en matière de saisie-exécution, car il s'agit, suivant l'art. 2079 C. civ., d'une véritable expropriation. Le gagiste pourra se porter adjudicataire comme agissant en son propre nom. En général, on considère que le notaire est l'officier public compétent pour la vente des meubles incorporels autres que les valeurs de Bourse. Est nulle la clause qui autoriserait à vendre le gage à l'amiable (art. 2078 § 2 C. civ.).

II. Le second droit du créancier est de se faire attribuer le gage en paiement. Mais cette dation en paiement doit être ordonnée par justice, au besoin par voie de référé, et c'est le jugement qui opérera le transfert de propriété. Elle ne peut pas être imposée au créancier qui a le droit de choisir entre la vente ou l'attribution après estimation. C'est le débiteur qui est le vendeur et les frais d'expertise seront à la charge du débiteur. Celle-ci doit être faite par experts, nous dit le Code, cette disposition semble peu en rapport avec la nature

du gage portant sur une créance, d'où, disent certains auteurs et notamment M. Benech, c'est le juge qui estimera lui-même la créance sans préjudice vis-à-vis des tiers de l'application de l'art. 1690 du C. civ., dont l'application s'impose nécessairement en matière de transport de créances.

Toute clause contraire par laquelle le créancier serait autorisé à s'approprier de plein droit le gage à l'échéance, en règlement de la dette, autrement dit, tout pacte commissaire est formellement prohibé par l'art. 2078 § 2 qui est d'ordre public. Dans le Droit romain et l'Ancien Droit, cette clause entraînait la nullité du contrat tout entier; de nos jours elle est seule frappée de nullité, la constitution de gage restant valable. Cela résulte du texte même de l'art. 2078 § 2 C. civ. « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle. » Mais il ne s'agit là que des clauses insérées dans l'acte même constitutif du gage ou contemporaines de celui-ci, parce qu'on présume la contrainte morale, le débiteur étant à la merci de son créancier et sous sa dépendance. On tire argument de ces mots : « Toute *clause*... ». Par suite des conventions semblables faites postérieurement seront valables, car on suppose qu'alors le débiteur a recouvré sa pleine liberté d'action, à la condition qu'il n'y ait pas eu là un procédé frauduleux employé à l'effet d'assurer leur validité car « *fraus omnia corrumpit* ».

Cass. Req. 17 octobre 1906; S. 1911-I-572; — D. 1907-I-79.

L'emploi de la vente à réméré a aussi été souvent un procédé de fraude.

On admet généralement qu'est englobée par la prohibition de l'art. 2078 § 2, C. civ. la clause qui attribuerait en paiement au créancier l'objet du gage suivant estimation faite au moment du contrat, ou suivant expertise amiable, c'est-à-dire estimation faite à l'échéance et supprimant tout contrôle du tribunal.

La nullité de toute clause contraire à l'art. 2078 § 2 C. civ. est d'ordre public. Cass. Civ. 4 mars 1902; S. 1905-I-495; — D. 1903-I-215.

L'option entre ces deux procédés d'exécution du gage, vente, appropriation après expertise, appartient au créancier. Cela a été contesté.

Il a été soutenu que c'est au débiteur même qu'elle appartient, et si celui-ci ne la fait pas, au tribunal. Mais c'est aboutir à considérer le débiteur comme tenu d'une obligation alternative, et c'est par là risquer d'obliger le créancier gagiste à recevoir autre chose que ce qui lui est dû, ce qui est contraire à l'art. 1243 C. civ.

D'après d'autres auteurs, et notamment M. Colmet de Santerre¹, l'option appartient toujours au tribunal et l'on invoque les arguments suivants :

1° Un passage du tribun Gary au Corps Législatif;

1. *Cours analytique de Code civil*, par Demante, continué depuis l'art. 980 par Colmet de Santerre. T. VIII, n° 304 bis.

2° Le tribunal appelé à ordonner l'exécution a le choix d'en déterminer le mode;

3° La justice est appelée à ordonner et son rôle ne peut consister à enregistrer la volonté des parties.

Mais il est facile de répondre à ces objections en faisant observer avec MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes¹ : 1° que la justice a bien pour rôle de prononcer les droits des particuliers, mais que sa mission se borne là et ne s'étend pas à la sauvegarde de leurs intérêts;

2° que le créancier ne peut être forcé à recevoir autre chose que ce qui lui est dû;

3° que le tribunal n'est pas souverain pour déterminer les modes d'exécution d'un contrat, qu'il est limité par ce contrat lui-même et qu'il ne peut prescrire que des mesures ayant pour objet de procurer au créancier la chose due;

4° que si le tribunal ordonne, c'est pour donner force exécutoire à la volonté qui s'est manifestée.

On invoque encore le texte même de l'art. 2078 C. civ. d'où résulte bien, semble-t-il, que le choix appartient au créancier.

§ 6. *De la restitution du gage*

Le créancier gagiste s'est obligé contractuellement à restituer le gage reçu en cas de paiement, auquel il

1. *Traité théorique et pratique de Droit civil. Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée.* T. I, n° 114.

faut assimiler toute autre cause d'extinction de la dette (compensation, remise de la dette, novation sans réserves). Il y a lieu alors à la restitution de la chose engagée, en l'espèce du titre de la créance et de ses accessoires, et de ses accessions, c'est-à-dire des intérêts.

D'autre part, le gagiste peut être encore obligé de restituer en cas de déchéance prononcée par jugement pour abus de la chose engagée (art. 2082 C. civ.), mais nous ne voyons pas très bien en quoi peut consister cet abus en matière de créance; ou encore en cas de perte du droit de gage, qui peut provenir soit de la remise volontaire du gage, 'consentie par' le créancier au débiteur ou au tiers bailleur (cette remise valant renonciation à la garantie et non à la créance), soit de la perte du bien engagé (on pourrait supposer que le tiers débiteur soit devenu insolvable), soit encore de la dépossession volontaire du gagiste, ce qui lui fait perdre son droit de gage puisque la possession ne doit jamais être perdue, sauf exceptions qui doivent être justifiées, par exemple pour exercer des poursuites contre le tiers débiteur (Bourges, 5 juin 1852; D. 1854-II-125; — Cass. Req. 18 octobre 1898; S. 1899-I-172; — voir également pour la perte du gage : Douai, 5 juillet 1894; D. 1901-I-28).

§ 7. *De la prescription de la créance garantie*

La prescription est interrompue tant que le gage reste en la possession du gagiste car il y a là une re-

connaissance tacite et permanente du droit du créancier.

Ajoutons qu'une fois le paiement de l'obligation exécuté, le débiteur aura une action personnelle en restitution qui se prescrira par trente ans.

D'après l'opinion générale, la créance ne se prescrit pas, même s'il s'est écoulé plus de trente ans depuis la date de son exigibilité.

M. Colmet de Santerre¹ soutient une opinion contraire et décide que la prescription a couru, se basant sur ce que l'effet de l'interruption doit être instantané. Le silence du débiteur n'est qu'un fait négatif, qui ne correspond pas à la définition de l'art. 2248 du C. civ. D'autre part, ajoute-t-il, toutes les créances ne sont-elles pas susceptibles de se prescrire? Et alors pourquoi admettre une exception qu'aucun texte ne légitime? Comparez avec l'hypothèque où l'existence et le renouvellement des inscriptions n'empêchent pas la prescription de la créance, peu importe le fait que le créancier hypothécaire n'ait pas la possession car il s'agit d'une prescription libératoire et non acquisitive. Enfin, le nantissement n'est qu'un contrat accessoire qui ne peut subsister sans l'obligation principale.

Quoi qu'il en soit, cette opinion est restée com-

1. *Cours analytique de Code civil*, par Demante, continué depuis l'art. 980 par E. Colmet de Santerre, t. VIII, n° 312 bis.

plètement isolée et la généralité des auteurs admettent l'impossibilité de prescrire la créance garantie tant que le bien engagé reste en la possession du gagiste.

B) DU NANTISSEMENT COMMERCIAL

Toutes les règles que nous venons d'examiner s'appliquent au nantissement civil, mais s'il s'agit de gage commercial, les textes ne sont plus les mêmes et il faut se reporter aux art. 91 et suivants du Code de commerce modifiés par la loi du 23 mai 1863. Nous allons distinguer tout d'abord les particularités relatives aux formalités de constitution du gage, puis celles relatives aux simplifications effectuées en matière de réalisation du bien engagé.

Section I. — Des formalités de constitution du gage.

L'art. 91 § 1 du Code de commerce pose le principe qu'en matière commerciale le gage peut être constaté par les modes de preuve énoncés en l'article 109 du même Code. « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'art. 109 du Code de commerce. » Il résulte donc de ce texte que la constatation du gage par un acte écrit établi conformément aux art. 2074 et 2075 du Code civil est inutile. Nous avons vu qu'en matière

civile s'ajoutait une autre formalité variable suivant les formes de la créance engagée, et qui en l'espèce était la signification au tiers débiteur. L'art. 91 § 4 du Code de commerce rend cette formalité également nécessaire en matière commerciale, afin qu'un tiers débiteur ignorant ne puisse valablement payer son créancier au préjudice du gage consenti.

« Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'art. 2075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. »

L'interprétation à donner à ce texte est discutée et tantôt l'on considère qu'il se borne à exiger la signification de la constitution de gage, tantôt l'on déclare que non seulement il y a lieu à signification mais qu'en outre il faut qu'il y ait eu un acte écrit public ou sous seing-privé enregistré contenant la constitution du gage. Quelle opinion adopter? La question à vrai dire est assez embarrassante, car elle consiste à se demander s'il faut interpréter le texte dans un sens libéral favorisant les transactions commerciales ou si au contraire il faut l'appliquer très rigoureusement. Les auteurs se partagent sur ce point.

D'après une partie de la doctrine, il y a lieu de s'en tenir au texte littéral de l'art. 91 § 4 du C. commerce qui renvoie purement et simplement à l'art. 2075 du C. civ., lequel exige, outre la signification, la rédaction

d'un acte, public ou sous seing-privé, enregistré qui devra contenir les énonciations requises en l'art. 2074 C. civ., ainsi qu'on l'admet généralement. On considère que la loi commerciale fait sur ce point retour au droit commun et que par suite il faut remplir les mêmes formalités qu'en matière civile.

M. Alauzet invoque un passage de l'Exposé des motifs de la loi de 1863 : « ... Or la signification suppose la rédaction d'un acte, et il y avait d'autant moins lieu dans l'espèce de ne pas conserver aussi la nécessité de l'enregistrement, qu'en définitive l'exception ne porte que sur une sorte de valeurs de réalisation difficile et dont le commerce ne peut être amené à faire l'objet d'un nantissement que dans des cas extrêmement rares. »

MM. Lacour et Bouteron¹ ajoutent encore que la signification ne peut être faite qu'en vertu d'un acte écrit et même enregistré, car il est de principe que tout acte sous seing-privé doit être enregistré avant qu'il en soit fait mention dans un acte authentique (loi du 22 frimaire an VII, art. 23).

De plus, peu importe que le droit commun soit maintenu car les commerçants usent rarement du nantissement de créances non négociables comme moyen de crédit.

MM. Lyon-Caen et Renault² adoptent une opinion

1. *Précis de droit commercial*, 3^e éd. T. I, n° 865.

2. *Traité de droit commercial*, (5^e éd.) avec la collaboration de A. Amiaud, t. III, n° 276 bis.

intermédiaire. Ils exigent qu'un acte soit dressé, mais celui-ci peut ne pas contenir l'indication du montant de la dette garantie. Pour exiger cette mention, on se base sur ce que l'art. 91 § 4 C. com. se réfère à l'art. 2075 C. civ., lequel renvoie implicitement à l'art. 2074 C. civ. qui la requiert formellement. MM. Lyon-Caen et Renault pensent que cette exigence n'est pas justifiée en matière commerciale. Sans doute, concèdent-ils, l'art. 91 § 4 C. com. spécifie qu'il n'est pas dérogé à l'art. 2075 C. civ., mais les dispositions de l'art. 2074 C. civ. sont inapplicables au gage commercial sur les choses corporelles. En conséquence, s'il faut sans doute un acte authentique ou sous seing-privé enregistré pour que la signification soit possible, le tout conformément à l'art. 2075 C. civ., il n'est pas obligatoire d'y indiquer le montant de la dette garantie, surtout s'il n'est pas connu.

Enfin, à l'opposé de la première théorie, s'en trouve une autre adoptée par beaucoup d'auteurs et à laquelle nous croyons préférable de nous rallier. La constitution du gage doit être signifiée au débiteur, ou acceptée de celui-ci par acte authentique, mais il n'est pas nécessaire qu'un écrit soit dressé pour constater la convention de nantissement intervenue. L'art. 91 § 1 C. com. pose en effet un principe général : en matière commerciale, le gage peut être constaté conformément aux dispositions de l'art. 109 du Code de commerce. Le § 4 du même article maintient pour les créances cessibles

« jure civili » les exigences de l'art. 2075 C. civ., mais ce texte ne vise pas la nécessité d'un écrit supprimé par le § 1 de l'art. 91 C. com.; il vise exclusivement l'exigence propre à l'art. 2075 C. civ. (l'écrit est exigé par les deux articles 2074 et 2075 C. civ.), c'est-à-dire la signification. Cela résulte de la rédaction même de l'alinéa 4 de l'art. 91 C. commerce. Donc l'engagement résultera valablement d'un simple concours de volontés.

D'autre part, il n'est pas exact qu'un écrit doive être dressé pour que la signification soit possible, car ce qui doit être signifié au tiers débiteur, ce n'est pas l'instrument constatant la convention, mais la convention de nantissement elle-même; c'est le fait du concours de volontés.

Quant à l'argument contraire, tiré des Travaux préparatoires de la loi de 1863, il ne prouve rien. Sans doute on a considéré la signification comme celle d'un acte, mais c'est parce que c'est la plus fréquente. Du reste, quand le mot « acte » seul est employé, cela peut aussi bien vouloir dire le negotium, id quod actum est, que l'instrumentum, l'écrit. De plus, l'art. 91 § 4 C. com. n'a pour but que d'empêcher les nantissements clandestins, or la signification suffit à empêcher ce danger.

Enfin, il ne faut pas oublier que la loi du 23 mai 1863 a eu surtout pour objet de faciliter les opérations commerciales en rendant plus aisés aux commerçants les moyens d'obtention de crédit.

Quid de la jurisprudence?

Il semble que la jurisprudence soit dans le sens de cette dernière théorie, ainsi qu'en témoignerait un arrêt de C. Rouen, 28 décembre 1905; D. 1908-II-177, note de M. Thaller, d'où résulte que le nouvel article 91 C. com. n'exige aucune formalité pour la constitution du gage commercial et en disposant qu'il n'est pas dérogé à l'article 2075 C. civ. prouve a contrario que l'article 2074 C. civ. a cessé d'être applicable à ce nantissement. En conséquence, un nantissement a pu valablement s'appliquer à toutes sommes dont le débiteur pouvait se trouver redevable malgré l'absence de déclaration dans l'acte de nantissement du chiffre de ces créances. Et M. Thaller commentant cet arrêt, constate que si l'on admet que si le contrat de gage peut se former sans écrit, c'est a fortiori que l'on peut affirmer que la déclaration du montant de la somme due cesse d'être requise.

En outre de cette formalité que nous venons d'étudier, il en est une autre qui est nécessaire en matière commerciale comme en matière civile, parce que basée sur le caractère réel du contrat de gage, c'est celle concernant le dessaisissement du débiteur et la mise en possession du créancier gagiste. Les règles à suivre pour le gage commercial sont les mêmes que pour le gage civil par suite de l'identité des termes des articles 92 § 1 C. com. et 2076 C. civ.

Section II. — De la réalisation du gage.

La loi du 23 mai 1863 a également simplifié les formalités de réalisation du gage commercial en les rendant moins compliquées et moins nombreuses. Le texte qui les régit est l'article 93 du C. com. modifié par ladite loi. Le § 1 de cet article est ainsi conçu : « A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. » L'intérêt des tiers semble suffisamment protégé par la nécessité d'une vente publique, qui, d'une part, par sa publicité les avertit, et qui, d'autre part semble permettre de faire atteindre au gage le prix le plus élevé possible et supprimer les fraudes possibles en cas de vente clandestine ou simplement amiable. D'autre part, la réalisation du gage se fera dans les conditions les plus favorables possibles par suite de la suppression de tous les embarras et frais qu'entraîne en matière civile l'obligation de recourir inéluctablement à l'autorité judiciaire.

Le délai de huit jours est un délai franc. Art. 1.033 Code pr. civ.

En matière de meubles incorporels l'usage est de confier la vente à un notaire du moment qu'il ne s'agit pas de valeurs de Bourse. La vente est possible sans titre exécutoire.

Le débiteur ne pourrait autoriser le gagiste à user d'un mode de réalisation plus rapide. De même, tout pacte comissoire ou clause par laquelle il l'autoriserait à s'approprier le gage est nul. L'article 93 in fine du Code de commerce est formel en ce sens.

Quid quand le gage n'est pas réalisé immédiatement après l'expiration du délai? Si le gage en a subi une dépréciation, le créancier gagiste en est-il responsable? A notre avis, non, car la loi ne lui impose aucune obligation en ce sens. C'est ainsi qu'a statué la C. Paris 3 juin 1851 S. 1851-II-515; D. 1852-II-97 à propos d'un prêt fait par la Banque de France qui n'a pas été rendue responsable de la dépréciation subie par les titres engagés vendus un certains laps de temps après le délai nécessaire et cela parce qu'elle a agi dans l'intérêt de l'emprunteur et pour lui ménager le moyen de s'acquitter envers elle.

Une dernière question reste à étudier : l'article 2.078 Code civ. est-il applicable en matière commerciale en ce sens qu'après l'échéance de la dette garantie, le créancier pourrait obtenir du tribunal l'autorisation de s'approprier le gage après estimation par experts? La jurisprudence semble tendre assez nettement à lui refuser ce droit mais la doctrine est divisée.

Pour certains auteurs, la règle de l'article 2.078 C. civ. doit être étendue en matière commerciale. L'article 93 Code com. est resté étranger à cette hypothèse, dit-on, et par suite, l'article 2.078 C. civ. continue d'être appli-

cable sur ce point. L'article 93 alinéa 4 C. com. veut dire simplement que les formalités prescrites par les précédents alinéas sont un minimum que les parties ne peuvent dépasser, mais celles-ci restent toujours libres de les augmenter.

MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes¹, font observer en outre qu'il ne faut pas exagérer la portée de l'article 93 C. com. Cet article supprime au gagiste le droit de s'adresser à justice pour faire vendre le gage, mais n'indique pas qu'il enlève au créancier le droit de se le faire attribuer après estimation. D'autre part, l'article 93 § 4 C. com. reproduit l'article 2.078 §2 C. civ. ; il n'y a pas lieu d'attribuer à ces deux dispositions un sens différent ainsi qu'il en adviendrait si on adoptait une solution contraire d'après laquelle le gagiste commercial ne pourrait jamais devenir propriétaire du bien engagé puisque son seul droit serait de le faire vendre. L'article 93 C. com. étant muet sur la question de l'attribution du gage après expertise, il faut appliquer le droit commun, donc l'article 2.078 sur ce point.

Bien des auteurs affirment au contraire que l'article 2.078 C. civ. a été abrogé par l'article 93 C. com. en matière commerciale. Cet article, a-t-on soutenu, organise un système complet de réalisation du gage ; en ne permettant pas au créancier de se le faire attribuer et en interdisant même toute clause ayant cette conséquence,

1. *Traité théorique et pratique de Droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée.* T. I, n° 152.

il a par là virtuellement abrogé l'article 2.078 C. civ. qui indique les formalités à suivre pour la réalisation du gage en matière civile.

L'on fait encore valoir à l'appui de cette thèse que la solution contraire méconnaît un des principes généraux de la loi du 23 mai 1863 à savoir : la réalisation facile et avantageuse du gage.

La jurisprudence semble avoir pris assez nettement parti pour ce dernier système et affirme à maintes reprises que l'article 2.078 du C. civ. a été abrogé en matière commerciale par l'article 93 C. com.

Toulouse 27 juillet 1872. S. 1874-II-178; D. 1873-II-230; en renvoi de Cass. civ. 24 mars 1870. D. 1870-I-222; Paris 8 mars 1873 — D. 1874-II-70.

CHAPITRE II

DE LA MISE EN GAGE DES CREANCES NOMINATIVES TRANSMISSIBLES PAR VOIE DE TRANSFERT

Généralités

De par leur nature, ces créances peuvent être constituées en gage par des formalités différentes de celles exigées pour les créances à personne dénommée, transmissibles conformément à l'article 1690 C. civ. Nous allons donc étudier les particularités relatives aux titres nominatifs dont le décret du 9 mai 1928 donne la définition suivante : « Le titre nominatif s'entend de celui dont la transmission ne peut s'opérer que par un transfert sur les registres de la société émettrice. »

Nous engloberons dans cette étude comme étant mises en gage par les mêmes procédés les obligations qui sont de purs droits de créances, les parts d'intérêts et les actions qui doivent être assimilées à des droits de créance.

Le bien-fondé de cette assimilation est très nettement exposé par MM. Lyon-Caen et Renault dans leur

grand Traité de Droit commercial (5^e édition, Tome II paru en 1926, 1^{re} Partie, page 168, n^o 141 et suivants.) où ils étudient la nature juridique du droit d'un associé (intérêt ou action). Ils distinguent suivant que la société forme une personne morale ou non, et ils affirment que, dans la première hypothèse, la part de chaque associé constitue un droit de créance contre la société tandis que dans la seconde il n'est qu'un droit de copropriété auquel se rattachent des créances accessoires. D'où ces savants auteurs concluent que, pour la constitution en gage des parts d'associé, il faut remplir les formalités de l'article 2.075 C. civ. quand (ce qui est rare pour les actions) les droits des associés ne sont pas constatés par des titres nominatifs (ou au porteur) distincts de l'acte de société et dont la constitution en gage est faite par voie de transfert (ou de tradition).

Une doctrine différente a pourtant été soutenue et on a dit que le droit de l'associé n'était ni un droit de propriété ou copropriété, ni un droit de créance, mais un droit *sui generis* et l'on en a conclu que les articles 1.690 et 2.075 C. civ. étaient inapplicables aux cessions et aux constitutions en gage des parts d'associés. Une part d'associé, dit-on, n'est pas un droit de copropriété car la société, en tant que personne morale distincte des associés est seule propriétaire du fonds social; ce n'est pas non plus un droit de créance, car les associés sont tenus des dettes sociales jusqu'à concurrence de leurs

mises ou indéfiniment et de plus un associé ne peut pas comme un simple créancier social faire mettre la société en faillite. Mais, répondent MM. Lyon-Caen et Renault, que prouvent ces constatations? Tout au plus qu'il y a là une créance d'une nature toute particulière par suite de la nécessité qu'elle comporte de participer dans une certaine mesure à la direction de l'entreprise. Les associés sont tenus des dettes sociales mais toute personne doit avoir une créance à laquelle une obligation se rattache. Ils ne peuvent pas faire déclarer la faillite, mais c'est parce que ce droit est réservé aux créanciers ordinaires.

Enfin comment concevoir un droit pécuniaire qui ne soit ni un droit réel, ni un droit de créance, tout droit de cette sorte est nécessairement l'un ou l'autre

Si la société n'est pas une personne morale, mais ce cas est très rare étant donnée la jurisprudence actuelle qui reconnaît la personnalité morale à toutes les sociétés commerciales (de personnes ou de capitaux) et aux sociétés civiles depuis un arrêt de Cass. Req. 23 février 1891; D. 1891-I-337; S. 1892-I-73, et postérieurement Cass. 22 février 1898; D. 1899-I-593 sauf l'exception à apporter, en matière commerciale, pour les sociétés en participation (art. 49 § 4 C. com. modifié par la loi du 24 juin 1921), et en matière civile pour les sociétés de fait ou les sociétés civiles nulles comme ne répondant pas à la définition de l'article 1.832 C. civ., la part de l'associé constitue alors un droit de copropriété car

le fonds social appartient indivisément aux associés. A ce droit se rattache bien une créance contre la société pour la part dans les bénéfices mais celle-ci n'étant que l'accessoire du droit de copropriété qui est le droit principal, celui-ci par suite ne peut pas être mis en gage par les procédés concernant les créances, et spécialement par une signification. Il sera alors comme tout droit de copropriété donné en nantissement par la simple remise du titre constitutif du droit, c'est-à-dire de l'acte de société sous réserve de la nécessité de l'écrit.

Mais, répétons-le, cette question n'offre pour ainsi dire pas d'intérêt pratique puisqu'il est de règle à peu près absolue que toutes les sociétés sont douées de personnalité.

Une part d'associé constitue un droit de créance dont la constitution en gage doit être signifiée aux autres associés à peine de nullité à l'égard des tiers, nous dit la C. Paris, 18 août 1881 S. 1882-II-25 (note de M. Lyon-Caen) dans une espèce où il s'agissait d'une part d'associé en nom collectif, incessible sans le consentement de tous les associés et non constatée par un titre nominatif, au porteur ou à ordre. La signification devra être faite à la société, c'est-à-dire au gérant qui la représente.

Cependant il a été jugé qu'un nantissement commercial portant sur des parts d'intérêts d'une société en commandite par intérêts non individualisées était valablement constitué sans signification (sa constitution

n'étant soumise à aucune forme particulière art. 91, § 1 C. com.) par la tradition de l'original de l'acte de société appartenant à l'associé débiteur et constatant son droit aux dites parts d'intérêt, objet du gage. (solution implicite de la C. de Cassation). Mais, lorsqu'à la suite d'une liquidation l'actif de la société en commandite primitive est transmis à une société nouvelle, le droit mis en gage devient une simple créance à l'égard de la société nouvelle et par suite les formalités établies par l'article 91 § 4 C. Com. deviennent nécessaires et le nantissement ne sera pas opposable à la dite société s'il ne lui a pas été signifié (solution formelle de la C. Cassation) Cass. Civ. 27 décembre 1904 S. 1906-I-393; note M. Naquet; D. 1906 I-145; note de M. Appleton.

La première solution donnée par la Cour de Cassation est donc contraire aux conclusions qu'adoptent MM. Lyon-Caen et Renault puisque, pour eux, une signification est nécessaire (gage civil art. 2.075 C. civ; gage commercial art. 91 § 4, C. com.).

Quant à la mise en possession proprement dite, elle a bien été légalement effectuée puisque l'objet du gage est le droit dans la société en commandite, peu importe de ce point de vue qu'on l'assimile à un droit de créance ou de copropriété, et la remise matérielle de ce droit ne peut se concevoir que par la tradition du titre représentatif de droit, c'est-à-dire de l'acte de société dans l'espèce.

Quant à la seconde solution donnée par la Cour de

Cassation en sens contraire de la Cour d'appel qui soutenait que le nantissement portant sur le droit de l'associé dans la société s'était transformé, par l'effet de la dissolution de celle-ci, en un droit réel portant sur l'actif social en sorte que le droit de gage aurait frappé non plus la part de l'associé mais les biens mêmes compris dans l'actif social et que la transmission des dits biens à une société nouvelle n'aurait pas dégagé du droit de gage les biens ainsi aliénés, elle semble contraire à la jurisprudence constante d'après laquelle la personnalité de la société survit à sa dissolution pour les besoins de la liquidation et du partage, le droit de l'associé, en l'espèce du débiteur gagiste, restant personnel et mobilier, art. 529 C. civ., et ne devenant pas un droit réel sur les biens même de l'actif social. Or, il semble que la cession globale de l'actif ne soit qu'un procédé de liquidation et qu'en conséquence la société nouvelle acquiescente de l'actif n'ait pas à se préoccuper des créanciers des associés et se libère valablement en payant au liquidateur. Donc la nature de l'objet mis en gage ne se serait pas transformée et par suite on ne comprend pas la Cour de Cassation qui constate que l'objet du gage s'est transformé et exige une signification. De plus, fait observer M. Appleton¹, il semble que les circonstances antérieures doivent demeurer sans influence sur les droits

1. Dans sa note susvisée sous Cass. Civ. 27 décembre 1904, D. 1906, I. 145.

régulièrement consentis aux tiers : le contrat est valable quand toutes les conditions nécessaires à sa validité ont été remplies lors de sa formation.

On peut résumer ainsi les règles à adopter : s'il s'agit de parts d'associés non constatées par des titres distincts de l'acte de société et incessibles par voie de transfert ou autre, nous appliquerons les règles de constitution de gage que nous avons exposées à propos des créances mobilières cessibles jure civili, donc conformément à l'article 1690 ; quant aux autres parts d'associés transmissibles par transfert, nous les assimilons aux obligations nominatives du point de vue de leur mise en gage, et de même, celles transmissibles par endossement aux créances à ordre, celles transmissibles par simple tradition, aux créances au porteur.

Quid des actions déposées par les administrateurs des sociétés anonymes dans la caisse sociale en garantie de leur gestion ? L'article 26 § 3 de la loi du 24 juillet 1867 dit que ces actions sont nominatives et inaliénables. Peuvent-elles cependant être constituées en gage ? La Cour de Dijon a répondu par la négative dans une espèce où un administrateur avait remis en gage le récépissé desdites actions, car, dit-elle, l'administrateur ne possède pas ses titres par l'intermédiaire de la société, et par suite il n'y a pas de dessaisissement actuel du débiteur et de mise en possession du créancier gagiste. Dijon, 10 février 1902 ; D. 1902-II-283 ; — S. 1904-II-97, et sur pourvoi Cass. Req. 5 jan-

vier 1903; S. 1906-I-327; — D. 1905-I-118, et de même Paris, 7 mai 1913; D. 1916-II-191. Cependant M. Demogue (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1916, p. 123) se demande si la mise en gage ne serait pas possible, car, dit-il, l'inaliénabilité ne dure que tant que s'exerce la gestion de l'administrateur, et pourquoi l'administrateur, de même qu'il pourrait faire une aliénation éventuelle desdites actions pour le jour où il ne serait plus administrateur ne pourrait-il pas aussi les mettre en gage éventuellement? Les conséquences de ce nantissement seraient plus restreintes que celles d'un gage ordinaire, car il ne prendrait effet qu'à la fin de la gestion et si ces actions ne sont pas absorbées par le privilège dont elles étaient grevées.

Quid encore des actions d'apport non détachées de la souche et qui ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société (loi du 24 juillet 1867, art. 3 § 3 modifié par la loi du 1^{er} août 1893, art. 2). Au point de vue du gage, ces actions doivent être assimilées aux créances cessibles « jure civili » dont nous avons étudié précédemment la mise en gage. Observons toutefois que la société débitrice devra jouer le rôle de tiers convenu, mais sa possession ne devra pas revêtir un caractère équivoque. Riom, 20 novembre 1913; S. 1915-II-33, note M. Wahl¹.

Il faut appliquer les mêmes règles que pour les obli-

1. Voir dans le même sens : Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial* (4^e éd.). T. II (2^e partie), n^o 732⁴.

gations, en ce qui concerne les parts de fondateurs, lesquelles s'analysent suivant MM. Lyon-Caen et Renault « comme de simples droits de créance contre la société ayant pour objet des sommes variant chaque année avec le montant des bénéfices ». La loi du 23 janvier 1929 confirme cette manière de voir dans son article 1 §2 qui porte que : « Ces titres, qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé. Mais il peut leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ». Donc les porteurs de parts de fondateurs qui ne revêtent pas la forme nominative, à ordre, ou au porteur et par suite reçoivent des titres à personne dénommée ou n'en reçoivent pas, ne pourront effectuer la mise en gage de leurs droits qu'en remplissant la formalité prévue à l'article 1690 C. civ., et cela de même que les obligataires ou actionnaires dont les droits seraient constatés de façon semblable.

On peut également mettre en gage les récépissés de souscription constatant le versement d'espèces fait à la société en formation. Dès la souscription en effet existe un droit : celui d'obtenir une action dans la mesure où les demandes seront satisfaites. Ce récépissé sera nominatif. Il ne constituera certainement pas un titre au porteur, bien qu'il soit peut-être une souscription à un titre au porteur, puisque les actions ne peuvent exister et ne sont négociables qu'après la cons-

titution définitive de la société. Quoiqu'il en soit, ce droit peut être cédé mais, par suite de sa non-négociabilité, il ne peut que l'être conformément à l'article 1690 C. civ.; en conséquence il pourra être mis en gage en observant les formes requises par les articles 2075 C. civ. et 91 § 4 C. com.

Des conditions de validité du gage

En ce qui concerne les conditions de validité du gage portant sur des titres nominatifs, et notamment celle relative à la propriété du bien engagé, il importe de faire remarquer qu'en cette matière, il est nécessaire et suffisant que le constituant soit inscrit comme propriétaire sur les registres de la collectivité émettrice puisque le titulaire d'une inscription nominative a un droit opposable erga omnes définitif et irrévocable, dont il ne saurait être dépouillé, car aucun recours n'est possible contre lui s'il est de bonne foi, et il ne peut voir contester son droit quelle que soit l'irrégularité possible des transferts antérieurs (v. arrêt de doctrine de Cass. Civ. 20 juin 1876; D. 1877-I-378; — S. 1877-I-450). C'est là une solution constante de la pratique judiciaire¹.

1. Voir sur ce sujet notamment un article de M. Lévy-Ullmann dans les *Annales de droit commercial*, année 1897, « Essai sur les titres nominatifs et sur la responsabilité des agents de change et des débiteurs dans la transmission de ces titres ».

A) DU NANTISSEMENT CIVIL

Section I. — Des formalités de constitution du gage

Quelles sont les formalités de constitution du gage portant sur des titres nominatifs, donc des valeurs négociables? La réponse est différente suivant les auteurs. On peut cependant ramener à trois les principaux systèmes soutenus : le premier, très rigoureux, n'admet que l'application exclusive des règles du Code civil; le second, complètement opposé, exige que ce nantissement soit régi par l'article 91 du Code de commerce qui concerne le transfert de garantie; enfin, le troisième, intermédiaire, considère que les parties intéressées ont le choix entre les règles de l'article 2075 C. civ. et celles de l'article 91 C. com. Tous exigent la remise des titres en la possession du gagiste.

Premier système. — Ce premier système, soutenu notamment par MM. Baudry-Lacantinerie et de Loy-nes¹, Buchère², Bezard-Falgas³, Deloison⁴, Lacour et Bouteron⁵, soutient que la gage civil doit être régi exclusivement par les dispositions du Code civil et ne

1. *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (3^e éd.). T. I, n^{os} 61 et 62.

2. *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics* (2^e éd.), n^{os} 451 à 453.

3. *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives* (3^e éd.), n^o 69 ter.

4. *Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères et des opérations de Bourse.* N^{os} 294 et 295.

5. *Précis de droit commercial* (3^e éd.). T. I, n^o 869.

peut pas l'être par celles du Code de commerce. Les titres nominatifs sont des meubles incorporels qui ne peuvent être donnés en gage que conformément à l'article 2075 C. civ., c'est-à-dire : constatation de la convention par acte public ou sous seing-privé enregistré et signification au débiteur de la créance donnée en gage.

On donne à l'appui de cette thèse les arguments suivants :

1° Les travaux préparatoires de la loi de 1863 fournissent la preuve indiscutable que le législateur n'a voulu légiférer qu'en matière commerciale et qu'aucun changement n'a été apporté au droit antérieur pour le gage civil. Le Conseil d'Etat a repoussé comme étant en dehors du cadre de la loi un amendement de la Commission du Corps Législatif d'après lequel le gage sur les valeurs nominatives aurait pu « entre toutes personnes » s'établir au moyen d'un transfert.

2° Il est inadmissible que parce que le transfert suffit pour transférer la propriété, on déclare que le transfert de garantie soit suffisant pour constituer le nantissement. Il n'y a pas d'assimilation possible, car les formalités sont plus rigoureuses pour le gage que pour la vente et la preuve en est c'est que la vente peut être verbale et pas le gage.

Bien des auteurs et notamment MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes¹, Colin et Capitant² qui préco-

1. *Traité théorique et pratique de Droit civil*. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée (3^e éd.). T. I, n° 62.

2. *Cours élémentaire de droit civil français* (4^e éd.). T. II, page 762.

nisent ce système y apportent cependant un tempérament. La signification, disent-ils, peut être remplacée par un transfert à titre de garantie sur les registres de la société débitrice, car il n'est pas douteux que « le transfert sur les registres de la société débitrice équivaut évidemment à une signification à elle faite ou mieux encore, à une acceptation de la cession faite par le débiteur. »

M. Buchère¹ n'admet aucun tempérament. D'après lui, il est fort contestable que le transfert de garantie supplée à la signification requise sous prétexte qu'il ne peut s'opérer qu'avec le consentement et le concours du titulaire et ne peut être ignoré de la compagnie débitrice des valeurs données en gage. Les formes prescrites pour l'existence d'un privilège ne peuvent être remplacées par des moyens analogues et la signification est nécessaire pour assurer le privilège vis-à-vis des tiers.

On pourrait encore faire observer que si l'on admet que, tout est de droit étroit en matière de privilège, l'acceptation ne peut suppléer à la signification que si elle est produite par acte authentique. On en conclura que la participation de la société au nantissement par la mention sur les registres constitue bien une acceptation, mais qu'elle est insuffisante puisqu'elle n'a pas lieu par acte authentique. De même, on peut

1. *Op. cité*, n° 453.

dire la même chose en ce qui concerne la signification qui elle aussi exige l'intervention d'un officier ministériel. Une exception doit cependant être apportée pour les rentes sur l'Etat, l'inscription faite sur le Grand-Livre étant un acte authentique.

Deuxième système. — Ce système défendu notamment par MM. Aubry et Rau¹, Beudant², Planiol³, Thaller et Percerou⁴, écarte complètement l'article 2075 C. civ. et soutient que le nantissement des titres nominatifs est dans tous les cas régi par l'article 91 du Code de commerce.

Les arguments de ces auteurs sont les suivants :

1° Le mode d'aliénation des titres nominatifs étant le transfert, leur mise en gage s'effectue dans la même forme au moyen d'un transfert spécial dit transfert de garantie. La règle générale est en effet que la remise du gage s'effectue par un procédé imité des modes du transfert de la propriété, la seule différence entre les deux procédés n'étant que dans l'intention qui est, dans le premier cas, d'aliéner le droit et dans le second de l'engager. On ne peut déroger à cette règle de concordance entre les formes de la vente et du nantissement non écrite expressément dans un texte, mais imposée par la logique et résultant des formes du gage

1. *Cours de droit civil français* (5^e éd. revue par Bartin). t. VI, § 433.

2. *Cours de droit civil français*. Les sûretés personnelles et réelles. T. I, n^{os} 149 et 157.

3. *Traité élémentaire de droit civil* (9^e éd.). T. II, n^o 2411.

4. *Traité élémentaire de droit commercial* (7^e éd.), n^o 1082.

et de leur développement historique. Donc tandis que pour les objets corporels il faudra une tradition, pour les créances ordinaires une signification, il faudra pour les titres nominatifs un transfert de garantie. Le mode d'engagement résulte de la nature du titre engagé, dit M. Beudant, et lorsqu'il s'agit de la mise en gage de créances transmissibles par voie de transfert, les règles de la loi de 1863 s'appliquent sans qu'il y ait à distinguer si le gage est civil ou commercial.

2° Le rejet de l'amendement proposé en 1863 ne prouve rien et démontre seulement que le Conseil d'Etat n'a pas voulu préjuger de la question.

3° Aubry et Rau disent que les modifications apportées résultent de la forme commerciale du titre donné en nantissement. « L'application des alinéas 2 et 3 de l'article 91 est indépendante, et de la qualité de commerçant ou de non-commerçant de celui qui constitue le gage, et de la nature commerciale ou civile de la créance pour sûreté de laquelle il est établi ».

Toutefois, d'après certains de ces auteurs, le transfert de garantie devra être précédé d'un écrit constatant la convention de nantissement, — celui-ci restant nécessaire en matière civile.

MM. Thaller et Percerou n'exigent cet écrit que si l'emprunteur a contracté une dette civile supérieure à 150 francs (500 francs depuis la loi du 1^{er} avril 1928) se référant ainsi à l'article 2074 C. civ. Mais cette exigence ne se comprend pas, car l'article 2074 C. civ. ne concerne

que les meubles corporels, et l'article 2075 C. civ. se rapporte aux meubles incorporels. Donc, ou bien il faut un écrit quel que soit le montant de la dette puisqu'il s'agit d'un bien incorporel, ou bien il n'en faut pas exiger du tout en appliquant l'article 91 C. com. dans son ensemble.

D'après MM. Beudant, Aubry et Rau l'exigence de la rédaction d'un acte à date certaine ne se justifie pas puisque la mise en gage se fait conformément à l'article 91 C. com. par une déclaration sur les registres de l'établissement émetteur de la créance. L'article 91 C. com. doit être intégralement appliqué.

Troisième système. — Ce système, soutenu notamment par MM. Planiol, Ripert et Becqué¹ et auquel à notre avis il est préférable de se rallier, concilie en quelque sorte les deux précédents. La théorie en est la suivante. Quand il s'agit d'un nantissement civil constitué sur une créance représentée par un titre nominatif, la remise matérielle du titre ne suffit certainement pas pour réaliser les conditions d'existence du privilège; il faut : 1° que ce nantissement soit constaté par un acte écrit établi conformément à l'article 2075 C. civ. et contenant les mentions prescrites par l'article 2074 C. civ.; 2° qu'il se réalise par l'emploi des formes prévues par l'article 91 alinéa 3 C. com. modifié par la loi du 23 mai 1863, c'est-à-dire, par un transfert

1. *Traité pratique de droit civil français*, t. XII. Sûretés réelles, n° 96 et 97.

de garantie, en admettant toutefois que l'emploi de cette formalité n'est pas obligatoire et n'exclut pas la possibilité de recourir à l'emploi de la formalité prévue à l'article 2075 C. civ., c'est-à-dire, à la signification de la constitution de gage au débiteur de la créance donnée en nantissement. Le transfert en garantie supprime donc la nécessité de la signification avec laquelle il ferait double emploi.

Les arguments sont les suivants :

1° Il faut repousser l'opinion qui refuse d'étendre au nantissement civil le transfert de garantie, sous le prétexte, que nous avons vu, que la loi de 1863 est spéciale au gage commercial. C'est exact, concède-t-on, que la loi de 1863 n'a visé que le gage commercial mais ses dispositions organisant une mise en possession spéciale pour les titres nominatifs ont une portée générale indépendante du caractère civil ou commercial du nantissement. La différence subsiste entre le gage civil et le gage commercial et porte sur la rédaction d'un acte ayant date certaine qui n'est plus exigée en matière commerciale, mais elle ne concerne pas du tout les modalités de la mise en possession variant suivant la nature de la chose engagée. Dès l'instant, disent ces auteurs, que les titres ont été créés sous une forme commerciale et sont transmissibles par voie de transfert sur les registres de l'établissement émetteur, le nantissement peut être opéré dans les formes de l'article 91 § 3 C. com. et cela quel que soit le caractère civil ou commercial de la dette garantie.

On peut ajouter d'autre part, que l'argument tiré des Travaux Préparatoires de la loi du 23 mai 1863 devient en quelque sorte inexistant. La loi n'est applicable qu'en matière commerciale, dit-on, mais par suite que des titres de créance ont été créés sous une forme négociable, ont revêtu une forme commerciale, les dispositions commerciales leur deviennent en quelque sorte applicables.

2° Il faut également repousser le second système indiqué d'après lequel l'emploi des formalités de l'article 91 § 3 C. com. est obligatoire, argument tiré de la concordance nécessaire entre les formes de la vente et du nantissement. MM. Planiol, Ripert et Becqué¹ admettent que c'est peut-être bien là la solution la plus rationnelle mais ils ajoutent qu'en l'état de notre droit, elle donne une interprétation étrangère à l'intention du législateur de 1863. Le mot « également » inséré dans l'alinéa 3 de l'article 91 C. com. est une référence à l'article 2075 C. civ. en sorte que la mise en gage d'une créance incorporée dans un titre nominatif pourra se réaliser soit par les formes simplifiées de l'article 91 C. com., soit par les formalités de l'article 2075 C. civ. C'est là, disent-ils, l'interprétation sinon la plus logique du moins la plus juridique, car les facilités de l'article 91 C. com. ne doivent pas exclure le droit commun.

3° Il nous semble que l'on pourrait encore complé-

1. *Op. cité*, n° 97.

ter cette argumentation en reprenant le principe même, posé par les défenseurs du second système. Les modes de constitution du nantissement, disent-ils, doivent être en harmonie avec les modes du transfert de la propriété; le nantissement d'un titre nominatif doit s'effectuer de la même manière que sa transmission de propriété. Mais, la cession civile des titres nominatifs peut s'effectuer de deux façons différentes, soit par voie de transfert réel (procédé non prévu par le Code civil, mais par le Code de commerce), soit par l'emploi des formes prévues à l'article 1690 C. civ.; par suite, en parallélisme de cette proposition, on doit pouvoir énoncer que le nantissement doit pouvoir s'effectuer soit par transfert de garantie, soit par l'emploi des formes prévues à l'article 2075 C. civ., similaire de l'article 1690 du même Code. Le double procédé de la réalisation de la cession civile des titres nominatifs est admis par beaucoup d'auteurs et affirmé très nettement par la jurisprudence. MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de Droit commercial*, 5^e éd. t. II, n^o 607⁶) affirment que le transfert, mode normal de cession des titres nominatifs, n'est pas nécessairement exclusif du mode de cession de l'article 1690 C. civ. La propriété de ces titres peut être transmise, à l'égard des tiers et de la société débitrice, par une signification de la cession faite par huissier à la société; toutefois, cette cession non suivie de transfert n'aura pas les mêmes effets que le transfert, car sa nullité pourra être prononcée. Ce-

pendant, une clause formelle des statuts des sociétés pourrait exclure ce mode de cession.

MM. Thaller et Percerou sont cependant d'un avis contraire (*Traité de Droit commercial*, 7^e éd., n° 603, 5°), mais leur opinion semble relativement isolée.

La jurisprudence, pour employer la formule de la Cour de Cassation Civ., 5 janvier 1926; S. 1926-I-97; — D. 1926-I-65, (*Annales de droit commercial*, 1926, p. 84) affirme que l'article 36 C. com. en admettant la transmission par transfert des actions nominatives a créé un mode nouveau et plus facile de transmission sans interdire celui du droit commun constitué par l'article 1690 C. civ.

Cette formule, il nous semble, pourrait être reprise et appliquée mutatis mutandis au nantissement des titres nominatifs.

L'état de la jurisprudence en matière de nantissement civil de titres nominatifs est très incertain; elle ne paraît pas avoir eu à se prononcer nettement et semble assez confuse.

Il semble cependant qu'elle admette que le transfert de garantie n'est pas obligatoire, « car les règles prescrites par les articles 2074 et suivants sont générales » (voir notamment Cass. Req. 26 juillet 1928; S. 1929-I-70; *Gazette du Palais*, 17 novembre 1928; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1928, p. 941).

Il faut faire remarquer que quand les statuts de l'établissement débiteur interdisent le transfert de garan-

tie, on ne peut procéder à la mise en gage des titres nominatifs que conformément à l'article 2075 C. civ.

Si, au contraire, le transfert pignoratif est organisé, on aura le choix entre les deux procédés indiqués, signification ou transfert de garantie. Il serait à souhaiter que ce dernier mode d'impignoration devienne obligatoire et soit le seul possible, car de la dualité des procédés de mise en gage résulte pour la collectivité émettrice l'obligation de tenir deux registres, un pour les transferts, un pour les significations de constitution de gage, et pratiquement il serait très utile que le nantissement ne puisse être valablement constitué que par un transfert pignoratif.

Comment procède-t-on pour opérer un transfert de garantie, qui en fait aboutira à mettre une mention sur les registres de l'établissement émetteur et pratiquement à une mention sur le titre même? Cette mention sera par exemple la suivante : « Les présentes obligations affectées à titre de gage et de nantissement au profit de M. ***. » Pour obtenir cette mention, le titulaire du titre devra, sur le bordereau de transfert, porter la réquisition suivante : « Bon pour transfert de garantie au profit de M. *** » ou encore : « Bon pour affectation à titre de gage et nantissement au profit de M. *** ». Sa signature devra être dûment certifiée afin qu'il n'y ait aucun doute sur son identité.

Quid si les parties avaient fait un acte écrit de nantissement, l'avaient signifié à l'établissement débiteur,

et présentaient ensuite les titres pour y faire mettre la mention de nantissement? Il y aurait alors à opérer ce que M. Bezard Falgas appelait autrefois un transfert de forme (en entendant par transferts d'ordre ou de forme « tous ceux qui d'une façon quelconque entraînent une modification de l'immatricule d'un titre par suite de l'exécution d'un acte distinct et séparé de la déclaration de transfert » *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*, 3^e éd., n^o 65.) et ce que nous appelons aujourd'hui une mutation pour laquelle il serait nécessaire de produire un certificat de propriété visant l'acte de constitution du gage et établi conformément à la loi du 26 mars 1927 et au décret du 9 mai 1928. L'immatricule du certificat nominatif, pourra alors porter une mention plus précise telle que : « Ces titres sont donnés en gage (ou en garantie) par M. *** à M. *** , pour le prêt (ou autre convention) consenti par acte du....., signifié par exploit de..... »

Il faut faire observer que même si la mention de nantissement n'était pas inscrite ultérieurement sur les titres nominatifs les droits du créancier gagiste seraient quand même sauvegardés.

Pour obtenir la mainlevée du nantissement, et par suite la suppression de la mention de nantissement sur les titres, les parties pourront procéder de même, à savoir : dans le premier cas, par voie de réquisition du créancier gagiste portée sur le bordereau de trans-

fert et libellée ainsi : « Bon pour rétrocession à titre de nantissement au profit de X... » ou encore : « Bon pour désistement d'affectation en garantie de..... obligations au profit de X... », et dans le second cas par voie de signification de la mainlevée du nantissement à l'établissement débiteur et présentation des titres accompagnés d'un certificat de propriété établi comme précédemment et requérant la suppression de la mention de nantissement.

D'après M. Bezard-Falgas, dans son livre « Le nouveau régime des transferts de titres nominatifs et le certificat de propriété¹ », il y aurait toujours lieu dans l'un comme dans l'autre cas, de produire un certificat de propriété et il invoque à l'appui de ce principe l'Instruction du 10 mai 1928 in pr. qui relate comme circonstance donnant ouverture à la production d'un certificat de propriété « tout événement motivant soit l'addition, soit la suppression d'une mention restrictive du droit de libre disposition, comme : affectation en nantissement... » Mais il estime toutefois que, cette exigence étant vraiment excessive, « la Société pourra suivre ses errements anciens, afin d'éviter aux intéressés de recourir à un notaire dont le premier soin sera de rédiger un acte authentique pour le viser dans son certificat ce qui entraînera des frais.

« Il en sera de même, à plus forte raison, pour une

1. Pages 30 et 31.

constitution de nantissement, qui nécessiterait la reconnaissance d'un acte de dette enregistré. »

Il nous semble que la loi de 1927 n'a pas visé comme mutation entraînant la production d'un certificat de propriété le transfert de garantie régi par l'article 91 § 3 C. com., et cela par un argument d'analogie avec le transfert réel que la loi mentionne expressément comme ne l'exigeant pas (art. 12 du décret du 9 mai 1928). Si l'on applique en outre le principe de la concordance des formes de la vente et du nantissement, on aboutit à la même solution : d'une part, transfert réel et transfert de garantie pas de certificat de propriété ; d'autre part transmission de propriété ou constitution de gage par les voies civiles (art. 1.690 et 2.075 C. civ). production d'un certificat de propriété.

Cette opération n'exige le paiement d'aucun impôt puisqu'il n'y aura pas de transmission de propriété.

*Observation I.— Du transfert pur et simple
avec contre-lettre*

Un autre procédé est encore employé quelquefois pour la constitution en gage des titres nominatifs. Le constituant ayant confiance en son créancier lui fait le transfert des titres purement et simplement, mais il convient par ailleurs que ce transfert n'a eu lieu qu'à titre de nantissement. Ce procédé facilite l'opération en supprimant toute difficulté en cas de réalisa-

tion si le prêt n'est pas remboursé à l'échéance, mais il n'est pas sans inconvénients. D'abord il entraîne la perception du droit de transmission en matière de transfert réel, lequel est actuellement de 0.80 % de la valeur en Bourse. Ensuite, il n'est pas sans dangers, car le créancier peut vendre les titres à des tiers dont le droit serait inattaquable. D'autre part, « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers. » (art. 1.321 C. civ.), d'où résulte que si le créancier gagiste venait à être déclaré en faillite, les titres trouvés en sa possession et inscrits en son nom pourraient être considérés comme sa propriété sans que leur véritable propriétaire puisse opposer la contre-lettre intervenue. Enfin, les tribunaux ne pourraient sanctionner un nantissement constitué sous cette forme, car une privilège ne peut exister que si les formalités spéciales prescrites pour assurer son existence ont été observées.

Un autre mode d'opérer est quelquefois usité pour arriver au même but : simplification des formalités. Les titres des sociétés dont les statuts admettent qu'ils peuvent revêtir indifféremment la forme nominative ou au porteur, sont convertis au porteur par leur propriétaire (perception du droit de conversion, 0.80 % de la valeur en Bourse) qui les remet ensuite en gage à son créancier, mais le constituant se trouve alors à la discrétion du gagiste qui peut les vendre à un tiers de bonne foi, lequel peut en devenir propriétaire par suite de l'application de l'article 2.279 C. civ.

Observation II

De la possession du gage par un tiers

Cette hypothèse se rencontre assez fréquemment en matière de titres nominatifs où souvent la propriété s'est démembrée et qui par suite sont inscrits à un nom pour l'usufruit et à un autre pour la nue-propriété. Or, si le nu-propriétaire donne en gage ses droits de nue-propriété, il ne pourra pas remettre à son créancier le titre qui est en la possession de l'usufruitier. Ce dernier jouera alors le rôle de tiers convenu, prévu par l'article 2.076 C. civ. et non seulement il devra recevoir la notification du nantissement, mais suivant les exigences jurisprudentielles il devra consentir expressément à posséder désormais pour le compte du créancier gagiste en même temps que pour le sien.

Section II. — Des effets du nantissement

Rien de très particulier à faire observer, sinon sur la possession du gage et sur les formes à observer pour la vente du gage.

§ 1. De la possession du gage

Deux difficultés peuvent se poser : l'une relative aux actions de société et au droit de vote aux assemblées générales, l'autre se rapportant aux obligations nominatives qui viendraient à être amorties avant l'échéance de la créance garantie.

Du droit de vote dans les assemblées générales. — La question de savoir si le nantissement confère au créancier le droit de vote dans les assemblées générales est controversée. Certains auteurs et notamment MM. Huvelin¹ et Wahl² répondent affirmativement, justifiant leur réponse par l'idée d'un mandat tacite ou par la conception que cette participation au fonctionnement de la société ne constitue qu'un acte d'administration. MM. Lyon-Caen et Renault³ soutiennent qu'en cas d'absence de convention entre les parties, le droit de vote doit être réservé à celui qui est propriétaire des actions, à l'exclusion du créancier gagiste.

La jurisprudence donne également une solution négative, ce qui entraîne la conséquence suivante, semble-t-il : le constituant de gage peut exiger la remise momentanée des titres si le dépôt en est nécessaire pour participer à l'assemblée générale et cela sans qu'il y ait perte de privilège.

La Cour de Lyon 21 novembre 1894 (*Annales de droit commercial* 1895, p. 53, note de M. Huvelin) affirme que le créancier gagiste détenteur des actions qu'il a reçues en nantissement, n'a pas ce droit de vote, si du moins ce droit est réclamé par le propriétaire des actions, sauf convention contraire lors de la constitution du gage, attendu que, d'après l'article 27 de loi du

1. M. Huvelin, *Annales de droit commercial*, 1895, p. 53.

2. M. Wahl, Note sous Trib. Naples, 6 août 1909. S. 1910. IV. I.

3. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial* (4^e éd.). T. II, (2^e partie), n° 845,

24 juillet 1867, seul le propriétaire ou son mandataire a le droit de figurer dans les assemblées générales.

Les partisans de cette solution invoquent également l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867 visant ceux qui, se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupures d'actions qui ne leur appartiennent pas, créent frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale.

Des auteurs, et notamment M. Huvelin dans sa note, M. Wahl dans une note sous Trib. Naples 6 août 1909; S. 1910-IV-1, proposent une solution contraire. Ils objectent tout d'abord à la solution précédente de s'appuyer sur des textes qui n'ont pas pour but de trancher la question : l'article 27 de la loi de 1867, n'ayant voulu qu'opposer propriétaire et mandataire et maintenir l'égalité entre actionnaires pour éviter que les petits ne soient évincés, et l'article 13 que statuer contre les fraudes consistant à se présenter avec des titres sur lesquels on n'a aucun droit. Or, le gagiste a un droit sur les titres qui lui ont été remis en nantissement. M. Wahl estime que pour résoudre cette question, il faut se référer aux droits respectifs du propriétaire et du gagiste sur les dits titres, droits concurrents. Juridiquement, le gagiste a une situation indépendante du propriétaire; son droit réel lui donne une qualité propre et il a une action directe contre la Société; ainsi la Cour de Cassation Req. 5 janvier 1903 S. 1906-I-327 D. 1905-I-118; (solution implicite) sur pourvoi Dijon

10 février 1902 S. 1904-II-97; D. 1902-II-283, l'a déclaré recevable à invoquer la responsabilité des administrateurs pour faits de gestion postérieurs à la naissance de son privilège, car il en a pu résulter une diminution du fonds social représenté par les actions et par suite de sa garantie de créancier gagiste détenteur des actions. Or, comme tel, il a le droit d'assurer la conservation de son gage et de tous les droits accessoires qu'il comporte.

De même, par son vote dans les assemblées générales il peut empêcher des délibérations qui peuvent lui causer un préjudice, notamment si la délibération a pour conséquence un amoindrissement du dividende. Si l'on donne le droit de vote au débiteur celui-ci peut par ses votes compromettre le gage consenti, or, on ne peut admettre qu'il diminue les avantages inhérents au droit réel créé par lui. Mais, la réciproque est également vraie, si l'on donne le droit de vote au gagiste, celui-ci peut nuire aux intérêts du propriétaire constituant du gage.

Que décider alors?

On dit : il faut donner le droit de vote au gagiste parce que cette solution apparaît comme la plus conforme à l'esprit de la loi. L'article 2.080 C. civ. ne prescrit-il pas au gagiste l'obligation de veiller à la conservation de son gage, et il lui en donne même le droit, car il a intérêt à ce que la valeur de son gage ne soit pas diminuée. Pour concilier cette solution avec la

loi de 1867, on ajoute que par suite du nantissement consenti, le gagiste a reçu de son débiteur le mandat tacite de voter aux assemblées, mandat qui ne pourrait être écarté que par une convention spéciale. L'objection tirée de la révocabilité du mandat se réfute par la considération que le mandat n'est révocable *ad nutum* que lorsqu'il est donné exclusivement dans l'intérêt du mandant, mais non comme c'est le cas ici, quand il est donné aussi dans l'intérêt du mandataire. On objecte encore que le constituant de gage va peut-être en éprouver un préjudice; on répond en faisant remarquer que le gagiste n'a pas intérêt à diminuer son gage et que de plus, étant responsable de sa conservation il peut se voir soumis à une action en indemnité de la part de son débiteur (art. 2080 § 1. C. civ.).

En vain observerait-on encore que c'est le propriétaire qui reste associé, il ne l'est plus complètement puisque son action est grevée d'un droit réel.

Il semble donc qu'en cas de conflit il faille préférer le gagiste au propriétaire, comme ayant des conséquences moins graves que si on attribue le droit de vote au propriétaire, celui-ci pouvant être indemnisé par le gagiste des votes qui lui auront préjudicié, et pouvant se faire payer les dommages intérêts qui lui seraient alloués par compensation avec sa dette.

Mais étant donné que les droits attachés à l'action appartiennent dans leur ensemble au propriétaire et au créancier gagiste, la vraie solution juridique semble

être de donner ce droit concurremment au propriétaire et au gagiste, lesquels se mettront d'accord pour désigner l'un d'eux comme représentant à l'assemblée. C'est, fait observer M. Wahl¹, pratiquement la même situation que celle des divers co-propriétaires indivis d'un même titre, lesquels n'ayant qu'un seul droit de vote à exercer par suite de l'indivisibilité du titre doivent s'entendre pour se faire représenter par l'un d'eux, et qui, à défaut d'accord, doivent faire désigner un représentant commun par le tribunal, ou même par le juge des référés s'il y a urgence.

L'on ne pourrait objecter à cette solution que le droit de rétention du gagiste l'empêche de se dessaisir de son titre, car la jurisprudence admet qu'il en conserve la possession juridique quand il ne s'en dessaisit que momentanément et en vue d'un but tout spécial.

La solution préférable serait que dans l'acte constitutif du gage, l'actionnaire donne mandat exprès au créancier gagiste de le représenter dans l'assemblée générale sous réserve qu'aucune stipulation des statuts n'interdise ce mandat. Si les statuts exigeaient que le mandataire soit lui-même un actionnaire, le gagiste ne pourrait être mandataire que s'il était lui-même propriétaire d'actions.

Donc, en résumé, il faut une entente du débiteur et du gagiste pour la désignation d'un représentant

1. Note susvisée sous Trib. Naples 6 août 1909, S. 1910, IV, I.

et de préférence un mandat exprès donné au gagiste. A défaut de toute stipulation dans l'acte de constitution de gage, on doit considérer qu'il y a un mandat tacite donné au gagiste :

Enfin, le droit de vote appartiendra au propriétaire lui-même si les statuts interdisent formellement tout mandat.

De l'amortissement d'obligations nominatives. — Quid, si avant l'échéance de la dette garantie, des titres viennent à être amortis et sont remboursables? Le montant du remboursement ne pourra être touché, comme lorsqu'il s'agit de créances cessibles juri civili, que conjointement par le débiteur et le créancier gagiste. Comme nous l'avons vu, par suite de l'impossibilité d'appliquer ici les principes de la subrogation réelle, si ces titres amortis sont remployés en titres de même nature, le nantissement ne les frappera pas. Il sera nécessaire qu'une nouvelle convention, ou qu'un nouveau transfert de garantie intervienne pour les frapper du droit de gage, car il n'est pas possible de substituer un nouveau gage à l'ancien. Il pourrait en être toutefois autrement si, dans l'acte de nantissement, une stipulation spéciale avait prévu le cas de l'amortissement et spécifié le emploi à opérer.

§ 2. *De l'exécution du gage*

On peut relever quelques particularités concernant les formes mêmes de la vente du gage. Quand il s'agit

de valeurs de Bourse, cotées ou non, la vente se fait en Bourse par le ministère d'agent de change puisque, suivant l'article 76 C. com. « les agents de change, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés. » Cette vente a l'avantage de fixer d'une manière impartiale la valeur du gage d'après les cours du marché.

D'autre part, la vente ordonnée par l'article 2078 C. civ. n'est pas une simple vente aux enchères, mais une vente sur saisie (argument du mot « expropriation » dans l'art. 2079 C. civ.). Les formalités en sont réglées par les articles 70 à 73 du décret du 7 octobre 1890 qui s'appliquent que le gage soit civil ou commercial, car l'article 70 § 1 vise le cas où un agent de change est commis par justice à l'effet de négocier des valeurs et l'article 72 vise les valeurs réalisées en vertu de l'article 93 C. com. La négociation des titres ne sera effectuée que 24 heures après son annonce par affiche. Les mentions qui doivent figurer sur ladite affiche sont indiquées dans l'article 70 § 2 du décret de 1890. Quand les valeurs ne figurent pas à la partie officielle de la cote, il peut être procédé à leur vente aux enchères suivant les formes prévues à l'article 70 § 3 du décret de 1890.

Le bordereau de l'agent de change constitue le procès-verbal de la vente. Il contient la spécification des titres vendus (art. 73 du décret de 1890).

Il est à remarquer que comme il s'agit d'un gage ci-

vil, l'autorisation de justice reste nécessaire conformément à l'article 2078 § 1 C. civ.

Enfin, il faut faire observer que les titres nominatifs, (autres que les titres essentiellement nominatifs) ne se négociant en Bourse entre agents de change qu'en titres au porteur, devront être préalablement convertis au porteur.

La conversion au porteur pourra être opérée sur la réquisition conjointe du titulaire du titre nominatif et du créancier gagiste. Par suite de leur concours, l'établissement débiteur n'aura pas à se préoccuper de la nature civile ou commerciale du gage. Si toutefois le concours du propriétaire des titres ne pouvait être obtenu, il y aurait lieu à la production d'un certificat de propriété établi conformément à la loi du 26 mars 1927 et au décret du 9 mai 1928.

Quant aux titres essentiellement nominatifs, on sait que leur négociation se réalise par voie de transfert d'ordre provisoire au nom de l'agent de change acheteur.

Il faut encore signaler comme autre particularité que les dispositions de l'article 2078 C. civ. qui subordonnent à une estimation par experts l'abandon au créancier gagiste de la chose remise en gage ne met pas obstacle à ce que l'estimation soit faite par le tribunal qui en a autorisé l'abandon et spécialement qu'il n'y a pas besoin d'expertise quand la chose donnée en gage consiste en valeurs négociables à la Bourse dont

la cote publique et officielle fournit au juge tous les éléments d'une juste estimation. (Cass. Civ. 7 janvier 1856; D. 1856-I-274).

B) NANTISSEMENT COMMERCIAL

Nous rencontrons également en matière de gage commercial portant sur des titres nominatifs des différences relatives à leur constitution en gage et quelques particularités se rapportant à leur réalisation. En matière commerciale, ce gage se rencontre beaucoup plus fréquemment que le gage sur les créances non négociables. Les simplifications apportées à la loi du 23 mai 1863 sont la conséquence de ce fait.

Section I. — Des formalités de constitution du gage

Là encore, comme en matière de gage civil, nous retrouvons une grande controverse des auteurs et de la jurisprudence sur la question de savoir quelles sont les formalités qu'il y a lieu d'effectuer, outre la remise des titres qui reste, elle, toujours une condition essentielle de la validité du contrat de nantissement (art. 92 C. com.). Trois principaux systèmes sont soutenus : un premier enseigne que la gage ne peut s'établir que

par un transfert de garantie; un second, complètement opposé, soutient que le nantissement peut se constater soit par voie de transfert, soit par tous autres procédés indiqués en l'article 109 C. com.; enfin un troisième, en quelque sorte intermédiaire, prétend qu'à défaut de la formalité spéciale du transfert de garantie il y a lieu d'appliquer le droit commun, donc l'article 2075 C. civ.

Premier système. — Ce système a pour lui l'autorité de MM. Thaller et Percerou¹ qui soutiennent la nécessité d'un transfert de garantie. La loi de 1863, disent-ils, a voulu mettre en harmonie les prescriptions du gage commercial avec celles de la vente commerciale et a admis que les mêmes preuves qui servaient à établir une vente commerciale suffisaient pour justifier de la formation d'un gage qui pouvait donc être constitué même par convention verbale. Mais, ajoutent ces auteurs, ce principe n'est vrai que pour les meubles corporels, les autres meubles ne pouvant se transmettre en toute propriété que moyennant certaines formes déterminées, ces formes se retrouveront nécessairement dans le nantissement qui les concerne. C'est ainsi que les valeurs nominatives dont la propriété se transmet par un transfert transcrit sur les registres de l'établissement débiteur ne pourront être mises en gage que par un transfert de garantie. « Le transfert est la

1. *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, (7^e éd.), nos 1080 et 1081.

seule forme légale de nantissement des titres nominatifs » affirment MM. Thaller et Percerou, et ils réfutent les deux autres théories :

1^o D'après la jurisprudence, le transfert n'est que facultatif, le gage pouvant être établi par tous moyens conformément à l'article 109 C. com., la publicité résultant de la remise du titre. C'est là une erreur, car la transmission de la propriété ne pouvant pas s'opérer sans un transfert, il doit en être de même pour la constitution de gage et par suite un transfert est requis.

2^o Certains auteurs¹ soutiennent que le transfert peut être remplacé par la signification du gage à l'établissement émetteur, conformément à l'article 2075 C. civ. C'est inexact, disent MM. Thaller et Percerou. D'une part, on ne peut imposer à la collectivité émettrice l'obligation de tenir un registre spécial mentionnant les significations adressées ; ce serait là une source de complications. D'autre part, la cession par voie de signification ne produit pas les mêmes effets que le transfert ; il doit en être de même pour la constitution du gage réalisée par le même procédé.

Mais cette théorie a le grave inconvénient de se heurter au texte formel de l'article 91 § 3. C. com. « A l'égard des actions, des parts d'intérêts et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un

1. MM. Thaller et Percerou mentionnent MM. Boistel, Lyon-Caen et Renault, Bezard-Falgas, n^o 1081 de *op. cité*.

transfert sur les registres de la société, le gage peut également être établi par un transfert, à titre de garantie, inscrit sur lesdits registres. » L'adverbe « également » indique que ce n'est pas là un mode impératif de procéder et que la constitution en gage peut avoir lieu au moins par un autre procédé, sinon par plusieurs. On arrive donc à être obligé d'opter entre les deux autres systèmes, appliquant l'un l'article 109 C. com., l'autre l'article 2075 C. civ.

Deuxième système. — D'après une jurisprudence constante et certains auteurs, notamment MM. Bouchère¹, Guillouard², Huc³, Wahl⁴ et MM. Lyon-Caen et Renault dans la dernière édition de leur *Traité de droit commercial*⁵, le nantissement peut être constitué soit par transfert, soit par tous autres procédés conformément à l'article 109 C. com.

1° Le principal argument de cette théorie est basé sur le texte même de l'article 91 C. com. Le § 1 dudit article est formel, concerne tous les meubles, corporels et incorporels, pour lesquels il permet l'application de l'article 109 C. com. Le § 3 de l'article 91 C. com. renvoie à cet alinéa 1^{er} : argument du mot « également » qui veut dire : « indépendamment de l'article 109 dont il

1. *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, (2^e éd.), n° 455.

2. *Traité du nantissement et du droit de rétention* (2^e éd.), n° 127.

3. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. XII. Du nantissement. n° 402.

4. *Précis théorique et pratique de droit commercial*, n° 1373.

5. (5^e éd.). T. III, n° 277.

vient d'être parlé ». Il semble arbitraire de considérer cet adverbe comme se rapportant à la signification dont il n'est fait mention que plus loin : à l'alinéa 4, relatif au gage des créances à personnes dénommées transmissibles conformément à l'article 1690 C. civ.

2° On ajoute que la loi, en permettant de constater le nantissement des titres nominatifs par un transfert, n'a pas voulu supprimer les autres modes de preuve admis en matière commerciale, et qui y forment le droit commun, le texte de l'article 91 §3 indiquant du reste qu'il y a d'autre moyens de constituer le gage que le transfert.

3° On invoque encore les travaux préparatoires de la loi de 1863, mais comme l'autre théorie leur fera également appel, il semble que cet argument se trouve par là sans portée. On cite notamment dans l'Exposé des motifs le passage suivant : « Il est déclaré par le projet d'une manière générale, et, par conséquent, *applicable à tous les objets mobiliers quelconques*, que le gage commercial s'établit à l'égard des tiers conformément à l'article 109 », et cette phrase prise dans le Rapport fait au Corps Législatif : « Le § 3 de l'article 91 est une facilité ajoutée à celle de l'article 109 ».

4° On ajoute encore que la dérogation aux principes généraux du droit civil comportant la distinction du gage des choses corporelles et incorporelles n'est pas une objection suffisante, car elle résulte de la loi du 23 mai 1863 qui a été élaborée en vue de déroger aux rè-

gles du droit civil et cela afin de faciliter les opérations commerciales.

5° De plus il n'y a pas lieu de craindre une augmentation des fraudes possibles car celles-ci sont difficiles à opérer avec la nécessité de la remise du titre nominatif entre les mains du créancier gagiste. La mise en gage de ces valeurs nominatives peut donc se réaliser très facilement et pour ainsi dire sans frais.

Ce système a l'avantage de s'appuyer sur une jurisprudence très ferme. Paris, 28 novembre 1878; S. 1879-II-129 (note de M. Lyon-Caen); — D. 1879-II-153. — Douai, 12 mars 1891; S. 1893-II-118; — D. 1893-II-140. — Cass. Civ. 14 mars 1910; S. 1910-I-281 (note de M. Lyon-Caen et *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910, p. 852); — D. 1911-I-94.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que d'après l'article 91 1 C. com., le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate, au regard des tiers, comme des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du même Code, notamment par la correspondance et les livres des parties; que si le §3 du même article 91 porte que pour les actions, les parts d'intérêts et les obligations nominatives des Sociétés financières, industrielles, etc., dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la Société, le gage peut « également » être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur lesdits registres,

cette disposition n'est pas limitative, et ne signifie pas que le gage, en ce qui concerne les titres nominatifs, ne doive être constaté au moyen de cette formalité; qu'elle laisse intacte la règle générale posée par le § 1^{er}, qui est l'application de l'article 109 au contrat de gage commercial, et n'y ajoute qu'une facilité de plus, par l'indication d'un mode de procéder pratique. »

Troisième système. — Ce système développé par la majorité des auteurs et notamment par MM. Lyon-Caen et Renault primitivement¹, Baudry-Lacantinerie et de Loynes², Bézard-Falgas³, Lacour et Bouteyron⁴, Planiol, Ripert et Becqué⁵, soutient qu'en matière de constitution en gage des titres nominatifs, l'exigence d'un écrit disparaît, la preuve du contrat pouvant être administrée conformément à l'article 109 C. com., mais qu'il subsiste la nécessité d'une formalité spéciale pouvant être soit le transfert de garantie, (art. 91 § 3 C. com.), soit la formalité de droit commun pour toutes les créances; la signification (art. 2075 C. civ.).

Arguments de cette théorie. — 1^o Il est de principe

1. Note de M. Lyon-Caen sous Paris 28 novembre 1878. S. 1879. II. 129. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*. (Premières éditions).

2. *Traité théorique et pratique de droit civil*. Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée (3^e éd.). T. I, n^o 151.

3. *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives* (3^e éd.), n^o 69.

4. *Précis de droit commercial* (3^e éd.). T. I, n^o 866.

5. *Traité pratique de droit civil français*. XII. Sûretés réelles, n^{os} 131 et 132.

qu'en dehors d'une disposition spéciale et expresse du Code de commerce, c'est le droit civil qui s'applique. Or, si la loi du 23 mai 1863 modifiant l'article 91 C. com. offre bien aux parties des facilités nouvelles par l'admission du transfert de garantie comme mode de mise en gage des titres nominatifs, il résulte du texte même de la loi et des travaux préparatoires que ces facilités ne sont pas imposées aux intéressés, mais simplement offertes. Cela ne peut faire aucun doute devant le texte même de l'article 91 § 3 où le mot « également » indique suffisamment que les parties peuvent recourir à un autre mode de procéder.

Or ces principes étant posés, la solution qui s'impose en cas de non-application du procédé spécial créé par l'article 91 § 3 C. com., c'est le retour au droit commun, or le droit commun, nous l'avons précisé c'est le droit civil, et dans celui-ci l'article 2075 C. civ. spécial au nantissement des créances mobilières. L'article 2075 C. civ. exige deux formalités : rédaction d'un acte à date certaine, signification au débiteur cédé au nantissement. La seconde seule sera nécessaire pour le gage commercial, car la première est supprimée d'une manière générale pour tous les meubles corporels ou incorporels par l'article 91 alinéa 1 C. com., qui porte que la gage se constate conformément à l'article 109 C. com.

2° Il faut repousser l'opinion d'après laquelle le gage peut être établi même à l'égard des tiers par tous les modes de preuve, et cela sans aucune autre forma-

lité spéciale à remplir. On a invoqué à l'appui de cette dernière théorie le passage que nous avons cité plus haut, de l'Exposé des Motifs, de la loi de 1863, mais que prouve-t-il? Les auteurs de ladite loi n'ont certainement pas voulu repousser la distinction du Code civil entre le gage des meubles corporels et celui des meubles incorporels, ils ont voulu simplement supprimer la nécessité de la rédaction d'un acte à date certaine, et comme en matière d'objets corporels c'était la seule formalité requise, il en résulte que le gage des meubles corporels peut se constituer par tous les moyens prévus à l'article 109 C. com. Nous ne parlons pas de la mise en possession nécessaire par la remise de l'objet engagé pour les meubles corporels, du titre d'incorporation du droit pour les meubles incorporels, car cette condition est de l'essence du contrat de nantissement, suivant la jurisprudence en matière commerciale comme en matière civile. Les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 91 C. com. maintiennent la distinction du Code civil entre le gage des meubles corporels et celui des meubles incorporels; ils ont eux pour but d'indiquer quelle est la formalité spéciale à remplir pour les meubles incorporels qu'ils visent : à savoir, les titres à ordre, les titres nominatifs et les créances cessibles conformément à l'article 1690 C. civ. Mais si le § 4 est impératif, les § 2 et 3 ne le sont pas, en sorte que le constituant en gage de titres nominatifs pourra à son choix ou remplir la formalité spéciale visée par le § 3 ou rem-

plir celle de droit commun pour les créances, la signification, visée à l'alinéa 4. Il est plus logique, dit-on, de rapprocher le § 3 du § 4 portant : « Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du Code civil en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ». Si donc pour ces créances il n'est pas dérogé à l'article 2075, c'est qu'en ce qui concerne les autres sortes de créances dont il vient d'être parlé (titres nominatifs, titres à ordre) il y est dérogé par la création d'une formalité spéciale (transfert ou endossement de garantie). Par suite, le droit commun auquel il doit être fait retour est bien celui de l'article 2075 C. civ. Cette solution, dit-on, a l'avantage de se conformer à la grande distinction posée par le Code civil entre le gage des choses corporelles et celui des choses incorporelles; de plus, elle reconnaît que l'article 91 § 3 C. com. n'est pas limitatif. En outre elle continue à maintenir une concordance assez stricte entre les formes du nantissement et celles de la vente, puisque la transmission de propriété des titres nominatifs ne peut s'effectuer sans qu'il y ait transfert, ou cession signifiée, or si l'on admet le système jurisprudentiel, on reconnaît que le gage peut s'établir par tous les moyens; mais il est cependant difficile à concevoir qu'une simple convention, inefficace en ce qui concerne le transport de propriété opposable à l'établissement débiteur puisse créer un

privilège de gagiste qui lui soit opposable. Il est à faire remarquer que MM. Planiol, Ripert et Becqué¹ appliquant ici les solutions qu'ils ont données à propos du gage commercial portant sur des créances cessibles jure civili, exigent la rédaction d'un écrit que pour eux l'emploi de la signification impose.

Sauf cette dernière restriction, il semble bien que ce dernier système, tel qu'il est admis généralement par les auteurs, renferme l'interprétation la plus juridique comme la plus conforme aux principes généraux qui doivent nous guider dans le commentaire des textes législatifs.

Section II. — De la réalisation du gage

Les particularités ne se présentent guère qu'en matière de formalités concernant la vente dont les agents de change peuvent seuls être chargés (art. 93 § 2 C. com.). Les formalités prescrites pour la négociation des valeurs de Bourse sont les mêmes qu'en cas de gage civil; elles sont réglées par l'article 70 § 1 et 2 du décret du 7 octobre 1890 en ce qui concerne les valeurs qui figurent à la partie officielle de la cote. En ce qui concerne les autres, la chambre syndicale, ou à défaut le tribunal de commerce, peut toujours autoriser ou ordonner l'emploi de la procédure spéciale indiquée au § 3 de l'article 70 (art. 71 in fine du même décret). Nous connaissons

1. N^{os} 131 et 132 précités.

cette procédure comme étant celle employée en matière de nantissement civil.

En aucun cas, la vente ne pourrait être effectuée par un intermédiaire libre, car la loi tient à l'intervention d'un officier public.

De même si la vente au lieu d'être publique se fait amiablement, le débiteur pourra faire annuler la négociation si c'est possible, sinon obtenir des dommages intérêts qui représenteront la différence entre le prix touché et celui qui aurait pu être obtenu par une négociation régulière.

Observations complémentaires

I. De la responsabilité de l'établissement débiteur en matière de titres nominatifs transférés en garantie.

— On appelle transferts de garantie ceux ayant pour but de mentionner un nantissement sur un certificat nominatif (définition de M. Bezard-Falgas)¹. Quelle sera la responsabilité de l'établissement débiteur dont le rôle sera d'opérer cette mention sur les titres nominatifs qui lui auront été déposés à cet effet ? Elle sera nulle en ce qui concerne la validité du transfert de garantie, soit au point de vue de sa constitution, soit au point de vue de sa mainlevée, car la société débitrice ne fera que se borner à exécuter la convention

1. *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives* (3^e éd.), n° 68.

des parties. Le service chargé de ces opérations n'aura à s'assurer que : 1^o de l'identité de la personne qui requiert le transfert et du titulaire du certificat nominatif; et 2^o de sa capacité civile de le requérir.

D'après M. Bezard-Falgas, la mention de nantissement sur des titres d'actions ou d'obligations n'équivaut qu'à une opposition au regard des établissements débiteurs et n'oblige ceux-ci qu'à requérir, le cas échéant, le concours du créancier gagiste. Les tribunaux, ajoutent-ils, confirment cette manière de voir, car lorsqu'ils annulent des nantissements, ils ne prononcent pas de condamnation contre les établissements débiteurs qui ne sont même pas mis en cause.

Si la mutation s'est effectuée sur la production d'un certificat de propriété, leur responsabilité sera entièrement dégagée si le rédacteur dudit certificat est compétent aux termes de la loi du 26 mars 1927 et au décret du 9 mai 1928, si ledit certificat a été régulièrement dressé, et si l'établissement émetteur s'est conformé exactement au certifié et à la réquisition d'immatricule (art. 50 de la loi et art. 21 du décret).

Toute opération concernant des titres nominatifs grevés de nantissement, conversion au porteur, amortissement, obligera l'établissement émetteur à faire concourir à l'opération le bénéficiaire du nantissement, et cela sous sa responsabilité. D'où la formule de M. A. Wagner sur leur rôle à ce sujet : « Le transfert de garantie a pour effets certains de rendre la Société respon-

sable de l'objet du gage, c'est-à-dire d'empêcher le titulaire de disposer du titre ou d'en toucher le remboursement sans le concours ou le désistement du créancier gagiste ».

II. Des titres donnés en nantissement à la Société émettrice elle-même. — Si l'on admet qu'en cas de gage civil, seules les règles de droit civil sont applicables, on aboutira aux conséquences suivantes en ce qui concerne les titres frappés de nantissement au profit de la Société même qui les a émis : rédaction d'un acte de nantissement; signification du nantissement par la Société à elle-même, puisqu'elle joue le double rôle de créancier gagiste et de tiers débiteur.

Cette dernière formalité ne se concevant guère pratiquement, on ne peut nier qu'en l'occurrence un transfert de garantie tiendrait lieu certainement de la signification prévue à l'article 2075 C. civ.

Nous trouvons du reste un arrêt de la cour de Paris, 30 juin 1904 (1^{re} espèce) D. 1913-II-289, qui affirme, à propos d'une police d'assurance, mais qui est applicable ici par analogie, que la constitution de gage est régulière quand l'acte de nantissement n'a pas été signifié au débiteur de la créance donnée en gage, parce que le créancier nanti étant en même temps débiteur du titre formant l'objet du gage, est dispensé de cette formalité devenue inutile et sans objet par la réunion dans sa personne de cette double qualité.

CHAPITRE III

DE LA MISE EN GAGE DES CREANCES CONSTATEES PAR DES TITRES A ORDRE

En cette matière, comme pour les titres nominatifs, nous nous bornerons à signaler les différences caractéristiques avec le gage des créances ordinaires et tenant à l'insertion de la clause à ordre. Nous allons indiquer les principes concernant les titres à ordres ordinaires, soit obligations civiles ayant revêtu la clause à ordre, soit effets de commerce, puis, dans un rapide aperçu, nous exposerons les règles qui semblent devoir être appliquées pour les titres à ordre spéciaux créés par la loi du 4 avril 1926.

Section I. — Des titres à ordre ordinaires

Il faut entendre par là, soit les titres qui, en vertu de la loi sont nécessairement à ordre : lettres de change, billets à ordre, etc., ou peuvent y être : chèques, etc., soit les obligations civiles ou commerciales qui ont été revêtues de la clause à ordre (le débiteur en souscrivant

son obligation s'est engagé à payer à toute personne qui serait devenue porteur régulier par voie d'endossement). La doctrine reconnaît la validité de la clause à ordre insérée dans ces titres de créances.

Les mêmes difficultés que pour les titres nominatifs se retrouvent à propos de la question des formalités à accomplir pour constituer valablement un gage sur ces titres. On peut, d'ores et déjà, faire remarquer que la question de savoir si un endossement de garantie peut suppléer à la signification est posée par l'article 91 § 2 C. com. modifié par la loi du 23 mai 1863, qui s'exprime ainsi : « Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie ». Il faut entendre ici par valeurs négociables celles transmissibles par endossement, le législateur ayant pris cette expression dans un sens tout à fait restreint ainsi qu'il résulte du texte même.

§ 1. *Des formalités de constitution du gage civil.*

Les mêmes systèmes que ceux exposés précédemment pour les titres nominatifs sont soutenus et font valoir les mêmes arguments, par suite du parallélisme existant entre les textes à interpréter et entre le transfert et l'endossement comme modes de transmission de la propriété. Nous retrouvons les mêmes théories qui, bien souvent, sont développées par leurs auteurs con-

jointement pour les titres nominatifs et les titres à ordre.

Premier Système. — C'est celui notamment de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes¹, Buchère², Lacour et Bouteron³, qui enseignent que le nantissement civil des titres à ordre est régi exclusivement par l'article 2075 C. civ. Les mêmes arguments sont employés :

1° Les travaux préparatoires de la loi du 23 mai 1863.

2° Le caractère commercial de ladite loi qui est applicable seulement en matière commerciale.

3° L'impossibilité de dire que l'endossement suffisant pour le transfert de la propriété doit l'être aussi pour la constitution du nantissement, et cela parce que les formalités plus rigoureuses pour le gage que pour la vente empêchent toute assimilation.

4° La non-équivalence de l'endossement avec l'acceptation de l'article 1690 C. civ. résultant de ce que cette acceptation doit être faite par acte authentique et de ce que l'endossement n'est qu'un acte sous seing privé.

Certains auteurs, et notamment MM. Colin et Capitant⁴ apportent un tempérament à cette théorie en estimant que l'endossement de garantie rend inutile la

1. *Traité théorique et pratique du Droit civil. Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (3^e éd.). T. I, n° 63.

2. *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*. (2^e éd.), n° 452.

3. *Précis de droit commercial* (3^e éd.). T. I, n° 869

4. *Cours élémentaire de droit civil français* (4^e éd.). T. II, page 762.

signification puisque le débiteur s'est obligé en souscrivant son obligation à payer toute personne qui serait devenue porteur régulier par voie d'endossement

Deuxième Système. — MM. Aubry et Rau¹, Beudant², Planiol³, Thaller et Percerou⁴, soutiennent que le nantissement ne peut se constituer que par un endossement de garantie, avec pour certains de ces auteurs l'obligation supplémentaire de constater la convention de gage elle-même par la rédaction d'un acte à date certaine. Toutefois, MM. Thaller et Percerou⁴ n'exigent la rédaction d'un acte écrit que quand il s'agit d'une dette civile supérieure à 150 francs (500 francs depuis la loi du 1^{er} avril 1928). Mais, d'après MM. Aubry et Rau, Beudant, aucun écrit n'est exigé.

Arguments. — 1^o Par suite de la concordance nécessaire entre les formes de la vente et celles du nantissement, le transfert de propriété s'opérant par un endossement, le gage doit se constituer par un endossement de garantie.

2^o Le mode d'engagement résulte de la nature du titre engagé.

3^o La nature commerciale du titre impose l'emploi des formes prévues à l'article 91 § 2 C. com. disent Aubry et Rau.

1. *Cours de droit civil français* (5^e éd. revue par Bartin). T. VI, § 433.

2. *Cours de droit civil français*. Les sûretés personnelles et réelles, T. I. N^o 149.

3. *Traité élémentaire de droit civil* (9^e éd.). T. II, n^o 2412.

4. *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime* (7^e éd.), n^o 1082.

Troisième Système. — Ce système défendu par MM. Planiol, Ripert et Becqué¹, admet que le nantissement peut être constitué soit par les formalités de l'article 2075 C. civ., soit par celles de l'article 91 § 2 C. com.

Arguments. — Ce sont, eux aussi, exactement les mêmes que ceux présentés pour les titres nominatifs.

1^o Du moment que des titres ont revêtu la forme à ordre, ils peuvent être constitués en nantissement par voie d'endossement, la loi de 1863 ayant une portée générale pour les formes spéciales de mise en possession du gage qu'elle organise. Une différence subsistera avec le gage commercial par suite de l'exigence de la rédaction d'un acte à date certaine.

2^o Le mot « aussi » de l'article 91 § 2 C. com. est une référence à l'article 2075 C. civ. qui constitue le droit commun et n'est pas obligatoirement exclu par l'article 91 § 2 C. com.

3^o On pourrait en outre faire observer que le nantissement peut se constituer soit par voie d'endossement de garantie, soit suivant les formalités de l'article 2075 C. civ. de même que la transmission de propriété peut s'effectuer soit par un endossement, soit suivant les formes prévues à l'article 1690 C. civ. L'endossement n'est pas en effet le seul mode de cession, les formes ordinaires peuvent être employées; presque tous les auteurs le reconnaissent et la jurisprudence

1. *Traité pratique de droit civil français*. T. XII. Les sûretés réelles, n^{os} 96 et 97.

également. « Attendu que la transmission des effets de commerce peut avoir lieu autrement que par l'endossement, au moyen d'une cession ordinaire dans les termes du droit commun... » Cass. Req. S. Février 1876. D. 1878-I-229; S. 1876-I-449. Ces principes sont appliqués même pour la transmission de la lettre de change (MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, 3^e éd. Tome IV, n^o 154 et suivants); mais il y a quelques difficultés relativement aux effets de la cession consentie qui ne sont pas tout à fait les mêmes que s'il y avait eu endossement, peu importe ces différences, le principe de la transmission de propriété autrement que par endossement étant acquis.

§ 2. *Des formalités de constitution
du gage commercial*

De même que pour le nantissement civil nous retrouvons sur cette question les mêmes théories que celles signalées à propos des titres nominatifs. Tantôt on soutient que la mise en gage ne peut résulter que d'un endossement de garantie, tantôt qu'elle peut être établie soit par voie d'endossement, soit par tous moyens de preuves prévus à l'article 109 C. com., tantôt qu'elle ne peut s'opérer que par endossement ou par emploi des formalités prévues à l'article 2075 C. civ.

Premier Système. — Ce système continue à avoir comme défenseurs MM. Thaller et Percerou¹. Pour ces

1. *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime* (7^e éd.), n^{os} 1075 et 1078.

auteurs, la constitution en gage doit être faite obligatoirement par un endossement de garantie. Leur argument est le même : Le déplacement de propriété ne pouvant résulter que d'un endossement, entraîne comme conséquence que le gage ne peut s'établir que par un endossement pignoratif.

Deuxième Système. — Ce système soutenu toujours d'une part par la jurisprudence, et d'autre part par d'assez nombreux auteurs tels que MM. Alauzet¹, Bégis et Garret², Guillouard³, Huc⁴, Wahl⁵, Lyon-Caen et Renault⁶ enseigne que la mise en gage des titres à ordre peut s'établir soit par un endossement de garantie, soit par tous modes de preuves conformément à l'article 109 C. com. Nous retrouvons la même argumentation que celle développée à propos des titres nominatifs.

1° Le texte formel de l'article 91 § 2 C. com. (argument du mot « aussi ») indique qu'il y a un autre mode de procéder que l'endossement en garantie.

2° Le § 2 de l'article 91 C. com. renvoie au § 1 d'après lequel l'article 109 C. com. est applicable.

3° Il faut appliquer le droit commun en matière

1. *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, t. III, n° 995.

2. *Traité pratique des hypothèques, privilèges et nantissement*, n° 6.

3. *Traité du nantissement et du droit de rétention*, n° 127.

4. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. XII, Du nantissement, n° 402.

5. *Précis théorique et pratique de droit commercial*, n° 1373.

6. *Traité de droit commercial* (5^e éd.). T. III, n° 277.

commerciale d'après lequel tous les modes de preuve sont admis.

4° La loi du 23 mai 1863 a été créée pour faciliter les opérations commerciales, et dans ce but, apporte des dérogations au droit civil et notamment à la distinction du gage des meubles corporels de celui des meubles incorporels. Par suite, rien n'autorise à éliminer l'article 91 § 1 C. com. dont la portée est générale.

5° Il n'y a pas à craindre de fraudes par suite de la nécessité de la remise du titre aux mains du créancier gagiste.

6° Les travaux préparatoires de la loi de 1863 confirment cette interprétation et notamment ce passage de l'Exposé des Motifs : « On pourra donc, quand il s'agira de valeurs négociables tels qu'effets de commerce, lettres de change, billets à ordre, toutes les valeurs, en un mot, qui se transmettent par l'endossement, prouver qu'un gage a été constitué, non seulement *par tous les moyens ordinaires*, mais encore par un endossement régulier ».

La jurisprudence est très nette en ce sens. Outre les arrêts rendus à propos de titres nominatifs et qui sont applicables ici par identité de motifs, on peut citer notamment un arrêt de la Cour de Rouen, rendu à propos d'un billet à ordre, Rouen, 2 décembre 1899; D. 1900-II-501; — et un arrêt de la Cour de Cassation Req. 12 mars 1879; D. 1880-I-118.

Troisième système. — Ce système qu'avaient adopté

MM. Lyon-Caen et Renault primitivement¹ et que soutiennent aujourd'hui MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes², Lacour et Bouteron³, Planiol, Ripert et Becqué⁴, affirme qu'il peut être procédé à la mise en gage des titres à ordre soit par un endossement pignoratif, soit par voie de signification et dans ce dernier cas, MM. Lacour et Bouteron, Planiol, Ripert et Becqué exigent en outre un écrit qui, à leur avis, est rendu nécessaire par la signification.

Les arguments invoqués sont ceux qui ont été déjà signalés.

1° Le fait de ne pas exiger un écrit (art. 91 § 1 C. com.) n'emporte pas l'autorisation de constituer le gage sur des valeurs négociables sans formalité spéciale, par la simple remise des titres.

2° L'endossement pignoratif n'est pas le seul procédé possible, cela résulte du texte formel de l'article 91 § 2 C. com. (argument du mot « aussi »). Cet alinéa se réfère à l'article 2075 C. civ. parce que c'est le droit commun applicable; cela résulte en outre du rapprochement des alinéas 3 et 4 de l'article 91 C. com.

3° Le nantissement ne peut pas être établi conformément à l'article 109 C. com. parce qu'il doit y avoir concordance entre les procédés employés et ceux qui

1. *Traité de droit commercial*. T. III (premières éditions).

2. *Traité théorique et pratique du Droit civil*. Du nantissement des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée (3^e éd.). T. I, n° 151.

3. *Précis de droit commercial* (3^e éd.). T. I, nos 866 et 867.

4. *Traité pratique de droit civil français*. T. XII. Sûretés réelles, n° 132.

seraient requis pour effectuer un déplacement de propriété.

4° La loi du 23 mai 1863 maintient la distinction du Code civil du gage des meubles corporels et incorporels, et l'article 91 dans ses alinéas 2, 3 et 4 indique quelles sont les formalités à remplir quand la constitution de gage porte sur des meubles incorporels.

De même qu'en matière de nantissement de titres nominatifs, ce système semble, à notre avis, devoir être préféré, et cela pour des raisons semblables.

§ 3. *De la réalisation pratique de l'endossement en garantie*

Comment procédera-t-on en fait pour pratiquer un endossement de garantie sur un titre à ordre? On vérifiera d'abord la régularité des endossements, de manière à ce que l'endossement de garantie porte sur un titre qui ait été valablement endossé et dont par suite le dernier endossataire soit bien le véritable titulaire.

L'article 91 §2 C. com. mentionne que la constitution en gage doit être opérée par un endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.

D'après MM. Lyon-Caen et Renault¹, la qualification « d'endossement régulier » implique qu'il doit contenir les mentions prescrites par l'ancien article 137

1. *Traité de droit commercial* (5^e éd.), t. IV, n° 153, et t. III, n° 272. texte et notes 3 et 4, p. 253.

C. com. applicable à l'époque où la loi de 1863 a été mise en vigueur, et qui l'a visé expressément dans ses dispositions. La loi du 8 février 1922 qui a modifié les art. 137 et 138 C. com. n'a pas voulu innover sur ce point. Il en résulte donc que l'endossement de garantie devra indiquer la date à laquelle il est fait et le nom du bénéficiaire. Pour éviter toute incertitude sur le point de savoir s'il s'agit d'un endossement translatif de propriété, d'un endossement de procuration, ou d'un endossement de garantie, il devra porter une mention spéciale telle que « valeur en garantie ». La formule employée pourra être par exemple : « Passé à l'ordre de ... valeur en garantie. Le... signé X... » — ou encore : « Passé à l'ordre de M... à titre de garantie de la somme de..... exigible le..... valeur reçue en espèces ». Date et signature.

D'après d'autres auteurs, notamment MM. Planiol, Ripert et Becqué¹, Lacour et Bouteron², Thaller et Percerou³, la loi du 8 février 1922 a eu une influence sur les formes requises pour opérer un endossement pignoratif, l'endossement étant maintenant régulièrement effectué par la seule signature de l'endosseur. L'endossement en blanc qui avant la loi de 1922 était considéré comme irrégulier parce qu'il valait endossement de procuration et aurait été contraire à l'irrégio-

1. *Traité pratique de droit civil français*. T. XII. Sûretés réelles, n° 96.

2. *Précis de droit commercial* (3^e éd.), n° 865 (2°).

3. *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime* (7^e éd.), n° 1078.

cabilité du gage, est donc possible désormais puisqu'il ne vaut procuration que si telle est la volonté formelle des parties. Il peut cependant être dangereux et il y aura intérêt à spécifier dans l'endossement le nom du bénéficiaire. D'autre part, l'endossement devra mentionner qu'il est effectué à titre de nantissement, afin qu'il n'y ait aucune confusion avec l'endossement translatif de propriété. Du reste, l'article 91 §2 C. com. spécifie qu'il doit indiquer « que les valeurs ont été remises en garantie ».

D'après MM. Planiol, Ripert et Becqué, l'indication de la valeur fournie n'étant plus exigée depuis la loi de 1922, un simple endossement translatif serait suffisant. Mais ces auteurs reconnaissent que ce procédé est dangereux comme permettant l'endossement au profit d'un tiers par le gagiste détenteur du titre. Nous ne croyons pas cependant qu'il faille aller jusqu'à cette conséquence et nous nous rallierons à l'opinion d'après laquelle l'endossement en blanc est possible mais la mention de valeur en garantie reste nécessaire.

D'après MM. Lyon-Caen et Renault¹, l'endossement pignoratif a les effets de l'endossement translatif du point de vue des exceptions opposables par le débiteur de la créance constituée en gage, c'est-à-dire que celui-ci ne peut en principe opposer au porteur (le créancier gagiste) que des exceptions personnelles à celui-ci

1. *Op. cité.* T. III, n° 272.

et non des exceptions qui eussent été opposables à un porteur précédent. Cette solution, ajoutent ces auteurs, est conforme à l'intention des parties qui a été de donner au gagiste une garantie sérieuse qui ne puisse pas être annihilée en tout ou partie par des exceptions opposables à un porteur antérieur, le créancier gagiste ayant, à la différence du mandataire, un droit propre sur la créance que le titre à ordre constate.

§ 4. *Des effets du nantissement*

Tout ce qui a trait aux effets de nantissement a déjà été signalé soit à propos des créances dont la cession est régie uniquement par l'article 1.690 du C.civ. soit à propos des titres nominatifs en ce qui concerne l'exécution du gage portant sur des valeurs de Bourse. Une seule particularité est à signaler, c'est relativement au gage portant sur des effets de commerce la disparition de toute controverse relative au point de savoir qui, du titulaire ou du gagiste, a le droit de toucher le montant de la créance et cela par suite d'une disposition formelle du législateur. L'article 91 § 4 du Code de commerce, modifié par la loi du 23 mai 1863, porte que : « Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par les créancier gagiste. » Cette disposition se justifie facilement si l'on se rappelle la réglementation rigoureuse entraînant très vite des déchéances graves, en ce qui concerne le recouvrement des effets de commerce, pour le porteur négligent (art. 160 à 172 C. com.).

**Section II. — Des titres à ordre spéciaux
créés par la loi du 4 avril 1926**

Les articles 17 à 23 de la loi du 4 avril 1926 prévoient la création de titres à ordre spéciaux. Ils ont été motivés par la nécessité de réprimer autant que possible les fraudes fiscales en matière de valeurs mobilières et notamment celles résultant de la facile dissimulation des titres au porteur. C'est avec juste raison que le Parlement a renoncé à la suppression pure et simple des titres au porteur; il a porté ses efforts sur les titres nominatifs dont il a essayé de développer l'usage, soit en les faisant bénéficier de faveurs fiscales, soit, comme il l'a fait plus tard, en créant une réglementation spéciale destinée à rendre plus faciles et plus rapides les opérations de transferts et de mutations (loi du 26 mars 1927, art. 36 à 54 - complétée par le décret du 9 mai 1928).

C'est ainsi qu'il a été progressivement conduit à envisager la création d'une nouvelle forme de titres qui offriraient au fisc les mêmes facilités de contrôle que le titre nominatif sans se heurter à l'hésitation qu'éprouvent les capitalistes à investir leur épargne d'une façon telle que la réalisation n'en puisse être obtenue qu'au prix de longues formalités¹.

D'après l'article 17 de cette loi du 4 avril 1926 : « les actions, les obligations et autres titres émis par les

1. Voir notamment : Dalloz, 1926. IV, page 156, note n° 5.

entreprises et collectivités, ainsi que les fonds d'Etat peuvent être établis sous la forme à ordre. »

Toutefois, les titres qui doivent revêtir obligatoirement la forme nominative, pour une cause quelconque, sont exclus du bénéfice des présentes dispositions.

Les articles 18 à 22 fixent d'une manière générale les modalités de ces titres et les règles qui les régissent, notamment en ce qui concerne tout changement dans leur propriété.

Enfin l'article 23 prévoit qu'un règlement d'administration publique déterminera toutes les modalités et conditions d'application des articles 17 à 22 mais à notre connaissance, il n'est pas encore intervenu.

Les titres institués par la loi de 1926 ne concernent que les valeurs de Bourse. Ils sont un composé des titres à ordre ordinaires, c'est-à-dire transmissibles par simple endossement sans aucune mention du nom du titulaire sur les registres de la société débitrice, et des titres nominatifs dont le titre remis au créancier n'est qu'un extrait d'inscription sur les registres de la collectivité émettrice. En effet, d'une part, ils sont transmissibles par voie d'endossement inscrit sur les titres eux-mêmes (art. 19) mais, d'autre part, l'endossement n'opère transfert de la propriété du titre à l'égard des tiers que s'il a fait l'objet d'une inscription sur le registre spécial tenu par les sociétés, compagnies ou entreprises intéressées (art. 21). Celui dont le nom est ainsi porté sur le titre à la suite d'un endossement, et sur

les registres de l'établissement débiteur à la suite de la notification de cet endossement, est seul considéré comme actionnaire, ou obligataire, ou porteur de parts de fondateur.

L'article 19 de ladite loi précise les mentions que doit contenir l'endossement : date, signature de l'endosseur, nom, prénoms et domicile de l'endossataire et s'il s'agit d'une maison de commerce ou d'une société sa dénomination ou raison sociale et son siège.

La signification à l'établissement émetteur devra reproduire copie textuelle de la mention d'endossement et sera notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception (art. 21).

La transmission de propriété continue à s'opérer inter partes par l'effet de la convention mais à l'égard des tiers, et notamment de la Société, il faudra donc deux formalités : mention de l'endossement sur le titre, inscription de la mention d'endossement sur le registre de la Société. Ajoutons qu'en cas de mutation par suite de décès, un certificat de propriété sera produit pour justifier des droits du nouveau propriétaire, et la mention de la mutation opérée sera portée à la fois sur le registre et sur le titre. (Art. 20).

Une fois la transmission de propriété effectuée il y a création d'un droit nouveau au profit de l'acquéreur et disparition du droit ancien avec toutes ses exceptions.

En définitive, ces titres paraissent se rapprocher davantage des titres nominatifs que des titres à ordre ordinaires.

Il semble que pour ces titres il ne soit plus possible d'admettre la coexistence des modes de la cession civile et de l'endossement comme on le fait pour les titres à ordre ordinaires et cela résulterait, disent MM. Lyon-Caen et Renault, de ce que la faveur fiscale que la loi accorde doit être limitée aux titres à ordre dont la transmission exige obligatoirement un endossement suivi d'une transcription sur les registres de la Société.

Comment s'opérera la mise en gage de ces titres? La loi n'y fait aucune allusion; peut-être le décret à intervenir sera plus explicite. Il paraît résulter toutefois du principe de la non-coexistence des modes de cession civile et de cession prévue par la loi de 1926 qu'il ne pourra pas y avoir constitution de gage réalisée suivant les formalités de l'article 2.075 C. civ. Dans l'état actuel des textes, il semble qu'on puisse seule concevoir comme formalité constitutive du nantissement une sorte d'endossement de garantie qui serait notifié à l'établissement émetteur et transcrit par lui sur les registres dans les formes prévues pour l'endossement translatif de propriété (art. 19 et 21 de la loi du 4 avril 1926).

CHAPITRE IV

DE LA MISE EN GAGE DES CREANCES CONSTATEES PAR DES TITRES AU PORTEUR

Les particularités tenant à la nature au porteur de ces créances concernent presque uniquement les formalités de constitution du gage, car ce qui a trait aux effets du nantissement et plus particulièrement à l'exécution du gage a été indiqué soit pour les créances ordinaires cessibles jure civili, soit pour les titres nominatifs en ce qui concerne les valeurs de Bourse.

Il faut observer que, pour les titres au porteur, il est une condition de validité du gage : être propriétaire du bien engagé, qui souffre des exceptions, et cela par suite de l'application de la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre. » Si donc le gagiste a reçu le titre de bonne foi d'un non-propriétaire, c'est-à-dire en croyant traiter avec le verus dominus, il pourra repousser toute action ou revendication dirigée contre lui, comme le ferait un acheteur ou un donataire, à l'aide d'une exception qui sera temporaire, c'est-à-dire limitée à l'exercice de son gage, donc cessant avec le

paiement mais en cas de non-exécution de l'obligation garantie, permettant la vente valable du titre au porteur. Si le gagiste avait été payé, le véritable propriétaire pourrait réclamer utilement dès le paiement le titre au porteur qui est toujours resté sa propriété.

La bonne foi du gagiste se présume de même que celle d'un acquéreur. Toutefois, il en serait autrement s'il s'agissait de titres perdus ou volés pour lesquels une législation spéciale a été établie par la loi du 15 juin 1872 modifiée par celle du 8 février 1902 et du 8 mars 1912. Toute négociation ou transmission de titre postérieure à la publication de l'opposition est sans effet vis-à-vis de l'opposant (art. 12 de la loi 15 juin 1872); mais, lorsqu'elle est antérieure, il n'est pas dérogé aux dispositions des articles 2.279 et 2.280 Code civil (art. 14 de la loi). Ces articles s'appliquant contre un acquéreur du titre sont étendus par un a fortiori au gagiste dont le droit réel est moins étendu qu'un droit de propriété. L'esprit de la loi est en ce sens. On a objecté que la loi de 1872 ne visait que les actes translatifs de propriété puisqu'elle exige une opposition au syndicat des agents de change de Paris, ce qui implique des opérations qui se font par l'entremise des agents de change. C'est là une objection spécieuse facile à réfuter en faisant observer que : 1^o l'opposition est faite au syndicat à cause du Bulletin des Oppositions qui est publié par lui, et 2^o toutes les négociations sont nulles même celles qui auraient été effectuées directement entre eux par les intéressés.

Le gagiste ne pourrait pas toutefois se prévaloir de l'article 2.279 C. civ. si le nantissement d'où résulte sa mise en possession n'avait pas été régulièrement constituée, car il lui manquerait alors le titre même de gagiste.

On avait objecté que la protection de l'article 2.279 ne pouvait pas s'étendre au gagiste parce que cet article ne protège que la possession à titre de propriétaire et non une possession précaire comme celle du gagiste qui détient pour autrui et au nom d'autrui.

Cette objection se réfute aisément si l'on considère qu'elle contient en elle-même deux erreurs : d'une part, la loi n'a pas visé le cas de propriété mais celui de possession, or, la possession du gagiste n'est pas uniquement précaire puisqu'il possède aussi pour son compte personnel, d'autre part, il est investi d'un droit réel sur le titre au porteur engagé.

Il faut faire remarquer que le gagiste est cependant moins bien traité qu'un acquéreur de bonne foi. S'il s'agit de titres perdus ou volés pour lesquels il n'a pas été fait emploi de la législation du 15 juin 1872, le gagiste pourra être dépossédé dans les trois ans, article 2.279 § 2 C. civ., mais il ne pourra rien demander au revendiquant, tandis qu'un acheteur de bonne foi qui aurait acheté son titre en Bourse pourrait exiger le remboursement de son prix d'acquisition. art. 2.280 § 1 C. civ., disposition exceptionnelle restreinte par son texte même à l'acheteur et ne pouvant être éten-

due au gagiste pour réclamer le remboursement de ses avances.

On objecte qu'il n'y a pas lieu de ne pas appliquer l'article 2.280 puisqu'on applique l'article 2.279. On répond qu'entre ces deux articles il y a une différence de rédaction, le dernier parle de la possession en termes généraux, tandis que l'article 2.280 vise le possesseur qui a acheté et doit obtenir le remboursement de son prix.

On objecte encore que l'article 2.280 est une exception à l'article 2.279 § 2 lequel déroge à l'article 2.279 § 1. Il fait donc retour au principe qui interdit la revendication en matière mobilière, donc il doit être étendu au créancier gagiste admis à invoquer l'article 2.279 § 1. On répond que l'article 2.280 ne déroge pas à l'article 2.279 § 2, qu'il ne proscrie pas l'action en revendication mais qu'il impose seulement une charge au revendiquant pour protéger le possesseur et l'indemniser du préjudice subi.

(Note de M. de Loynes sous Trib. com. Bruxelles : 18 mai 1910. D. 1911-II-209).

Telle est la solution de la jurisprudence. Mais d'après MM. Lyon-Caen et Renault¹, il y aurait lieu d'admettre que le gagiste puisse invoquer l'article 2.280 pour se faire rembourser le montant de la créance garantie. L'article 2.280 C. civ. se rattache étroitement à l'article

1. *Traité de droit commercial* (5^e éd.). T. III, n° 291.

2.279 C. civ. et par suite on ne peut l'écarter quand on applique l'article 2.279. D'autre part, si l'article 2.280 ne vise que le cas d'achat, c'est que lors de la rédaction du Code les constitutions de gage sur titres au porteur étaient rares. Toutefois, font observer ces auteurs, pratiquement l'article 2.280 sera rarement applicable parce qu'il exige comme condition l'achat chez « un marchand vendant des choses pareilles ». Il faut supposer que le gage provienne d'une personne faisant profession de constituer en gage des choses pareilles, or c'est là une hypothèse très rare.

Il y a donc des cas où le propriétaire de titres au porteur dépossédé indûment ne peut pas réclamer la restitution de ses titres, notamment si la dépossession résulte d'une cause autre que la perte ou vol, par exemple abus de confiance, ou bien même en cas de perte ou vol s'il y a eu expiration du délai de trois ans prévu par l'article 2.279 § 2 C. civ. le tout à condition qu'il n'y ait pas eu d'opposition régulièrement publiée aux termes de la loi du 15 juin 1872. Dans ces cas, le verus dominus a quand même essayé d'agir en justice, et il a intenté au gagiste une action en dommages-intérêts basée sur l'article 1.382 C. civ. en arguant qu'il y aurait eu faute ou du moins négligence de la part du gagiste en ne prenant pas de renseignements suffisants sur le constituant de gage, notamment sur son identité, sa qualité de propriétaire des titres. A moins d'une faute lourde, aucune responsabilité ne peut incomber au gagiste de

ce chef. La loi ne lui a imposé aucune obligation spéciale. La Cour de Cassation a reconnu la bonne foi et par suite la non-responsabilité de la Banque de France dans une espèce où elle a déclaré qu'au moment du gage l'emprunteur était au-dessus de tout soupçon. C'est là une question de fait.

Sur toutes ces questions relatives à la constitution du gage par un non dominus, la jurisprudence est très ferme.

Nécessité d'un nantissement régulier. Cass. civ. 28 mars 1888 S. 1888-I-265; D. 1888-I-253.

Application de l'art. 2.279 C. civ. Cass. Req. 12 mars 1888 S. 1888-I-264; D. 1888-I-404; Douai 20 juin 1892 S. 1892-II-161; note de M. Lyon-Caen; D. 1892-II-375. Cass. Req. 25 mars 1901. S. 1901-I-305; Cass. Req. 23 octobre 1905. S. 1906-I-40; D. 1906-I-7.

Non application de l'art. 2.280 § 1, arrêt de C. Douai 1892 sus-visé, Paris 7 mai 1896, D. 1896-II-502 et sur pourvoi Cass. Civ. 11 mai 1898, D. 1898-I-504; S. 1898-I-481, Note M. Tissier, comparez un Jug. Trib. civ. de la Seine, 7 avril 1927, *le Droit financier* 1928, p. 189.

Pas d'action en responsabilité quand le gagiste est de bonne foi. Cass. Req. 2 mars 1892. S. 1895-I-116; D. 1893-I-198.

§ 1. *De la mise en gage d'obligations non émises*

Des obligations non émises peuvent-elles faire l'objet d'un contrat de nantissement valable? Tel est un des problèmes qui s'est posé assez récemment en jurisprudence, qui a été peu étudié par la doctrine et qui se heurte à bien des difficultés juridiques. Pratiquement, voici comment la situation se présente : une société industrielle procède à une émission d'obligations; un certain nombre de celles-ci ne sont pas souscrites, soit parce qu'il s'agit d'une société nouvelle, soit par suite d'un manque de disponibilités sur le marché financier, soit pour toute autre raison. Cette Société ayant besoin d'argent emprunte à une banque celui dont elle a besoin et lui remet en garantie du prêt consenti les titres non encore placés en spécifiant que le détenteur appliquera au remboursement de sa créance tout ou partie du prix à provenir du placement définitif desdits titres dans le public. Ce contrat est-il valable et quelle explication juridique peut-on en donner?

Il y a lieu de préciser tout d'abord ce qu'il faut entendre par des obligations non émises. Nous citerons du contrat d'émission la définition qu'en donne M. Chatel dans sa thèse sur « le nantissement des obligations de Société non placées¹ ». « L'émission consiste essen-

1. *Thèse Rennes, 1907.*

tiellement en l'échange du titre créé par la Société contre des espèces fournies par le souscripteur, ou pour mieux dire, car le contrat d'émission n'a assurément rien d'un contrat réel, en l'échange des deux volontés, celle de la Société, celle de l'obligataire qui déclare souscrire, c'est-à-dire s'engage à fournir à la Société le montant nominal du titre. » Il résulte de là que le contrat passé lors de l'émission entre l'émettant et le premier preneur du titre n'est pas un contrat réel.

Cette affirmation est discutée en doctrine. Il semble nécessaire, pour donner une solution exacte de la question de distinguer d'une manière précise les trois hypothèses qui peuvent se présenter en pratique¹.

1^o Au jour de l'émission il y a souscription pure et simple en désignant par là l'acte par lequel une personne s'engage, pour avoir une ou plusieurs obligations, à verser les sommes nécessaires à cet effet. Il y a donc de la part du souscripteur une simple promesse de prêt, car « il n'y a à vrai dire prêt réel que lorsqu'au jour du contrat l'acquéreur de l'obligation verse immédiatement la somme intégrale portée au titre². » En droit, le versement d'espèces pourrait seul suffire à réaliser le prêt : l'engagement du souscripteur devra donc être qualifié juridiquement une promesse de prêt (le souscripteur s'engage vis-à-vis de l'émettant à

1^o Voir notamment : M. Lévy-Ullmann, Des obligations à primes et à lots. *Thèse* Paris 1895, pages 4 à 29.

2. M. Lévy-Ullmann, *op. cité*, n^{os} 19 à 21.

effectuer les versements dans les conditions déterminées par les prospectus d'émission). Cette promesse n'aura force obligatoire que du jour où elle sera acceptée, l'époque de l'acceptation étant variable en pratique et pouvant être, sauf controverse, soit le jour même de la souscription, soit la date de publication de l'avis de répartition si les souscriptions sont déclarées réductibles dans le cas où le chiffre des souscriptions dépasserait le nombre des titres émis. La question de savoir, d'autre part, si la souscription est une promesse pure et simple ou comporte une condition tacite (souscription à tous les titres émis) est une question d'espèce.

2° Au jour de l'émission, les obligations émises sont entièrement libérées. Le contrat intervenu entre l'émetteur et le premier preneur est un contrat de prêt à intérêt, donc un contrat réel. En effet, on reconnaît généralement, sauf controverse, que l'obligation c'est le droit de créance qui résulte d'un prêt individuel, ou encore le titre négociable délivré en reconnaissance de ce droit. Considérée ainsi, la souscription est un contrat unilatéral¹.

3° Enfin, la dernière situation à envisager est celle où l'obligataire, en souscrivant, ne verse pas immédiatement toute la somme prêtée et s'oblige à fournir par versements distincts et successifs la somme fixée

1. Voir notamment Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations* (6° éd.). T. I, 1927, n° 577.

comme prix de l'émission. Quelle est la nature juridique du contrat de souscription qui intervient alors? C'est dans ce cas que la question est controversée.

D'après M. Lévy-Ullmann¹, le contrat de prêt est réalisé dans la mesure du versement et est accompagné d'une promesse de prêt qui acquiert force obligatoire à l'encontre du promettant. « L'émission crée ainsi des obligations à la charge des deux parties; mais ces obligations proviennent de deux contrats unilatéraux distincts, la promesse de prêt et le prêt; la simultanéité de leur réalisation n'empêche en rien la distinction théorique de conserver sa valeur propre. »

Sur le fondement de cette simultanéité certains auteurs sont amenés à considérer la souscription comme constituant un contrat synallagmatique. « L'obligataire, en souscrivant, contracte un engagement quand il ne verse pas immédiatement toute la somme prêtée et il acquiert des droits contre la Société obligée envers lui. On peut ainsi considérer la souscription à des obligations comme constituant un contrat synallagmatique². »

De même, M. Pic³ considère le contrat de souscription comme « un traité synallagmatique parfait, attendu qu'il engendre des obligations à la charge de

1. *Op. cité*, n° 23.

2. MM. Lyon-Caen et Renault dans leur *Traité de droit commercial* (5^e éd.). T. II, 1^{re} partie, n° 564.

3. Dalloz, *Répertoire pratique de législation, doctrine et jurisprudence*, T. XI (1925), v° *Société* (rédigé par M. Pic), n° 1833.

chacune des parties : obligation pour le souscripteur de verser les sommes promises, aux échéances convenues, et de se conformer à toutes les conditions du prospectus, notamment en ce qui concerne l'attribution de compétence à tel tribunal pour toutes les contestations futures entre la société et les obligataires; obligation pour la société de livrer les titres, d'en payer régulièrement les intérêts, et de se conformer au tableau d'amortissement annexé au cahier des charges de l'emprunt et reproduit fréquemment sur les titres eux-mêmes ».

Un jugement récent du Tribunal civil de la Seine du 24 octobre 1928 (*Gazette du Palais*, janvier 1929, somm. p. 8) affirme également que le contrat de souscription est un contrat synallagmatique, et qu'en conséquence la résolution du contrat peut être prononcée par application de l'article 1184 C. civ.

Sans prendre parti sur cette controverse, ayant seulement voulu fixer de la manière la plus précise possible, ce qu'il faut entendre par émission et souscription et apprécier la nature du contrat passé, nous allons nous demander maintenant quelle est la valeur d'un nantissement portant sur des titres non encore émis, sur des obligations non placées.

Les titres non émis constatent d'avance un rapport qui n'existe pas encore et n'existera que quand les fonds empruntés auront été remis à la Société. Nos lois ne concevant pas l'existence d'une créance sans un créan-

cier investi du droit d'en poursuivre l'exécution, le gage semble impossible par suite de l'inexistence de la créance.

Il s'agit donc de savoir si ces offres de contrat révocables et attendant, suivant l'expression de M. Chatel, l'acceptation d'obligataires futurs pour être vivifiées juridiquement, peuvent faire l'objet d'un contrat de nantissement. On ne peut en conclure la possibilité qu'en admettant que ces titres créés matériellement en vue de concrétiser le rapport entre le créancier et le débiteur ne sont pas des morceaux de papier dénués de toute valeur. Cette conception s'impose car il serait impossible de soutenir que s'ils sont remis en nantissement le gagiste n'a en mains que des objets sans valeur : si en fait, on suppose ces obligations d'une valeur nominale de 500 francs, le gagiste recevra une somme de 500 francs, s'il remet le titre en échange à un souscripteur. « Avant même d'être émise, l'obligation est susceptible d'être émise, c'est-à-dire d'être échangée contre une somme d'argent; elle a donc une valeur entre les mains de la Société; à plus forte raison, a-t-elle une valeur entre les mains du créancier gagiste qui, à toute époque, pourra la vendre. » Il semble donc qu'on soit en face de deux solutions contraires; d'un côté, des titres qui ne représentent pas une obligation actuellement existante (puisqu'il ne peut y avoir de dette sans créancier), et d'un autre côté, des titres qui semblent représenter des valeurs existantes certaines.

Un titre oblige la Société par cela même qu'elle l'a créé, même si personne ne l'a souscrit. Il y a en quelque sorte création d'une obligation par engagement unilatéral d'un débiteur. D'après MM. Lacour et Bouteron¹ la dette de la Société envers les futurs porteurs prend naissance dès que les titres sont émis et même *dès qu'ils sont créés*, pourvu que la société en soit des-saisie.

Donc, on peut affirmer que le contrat qui intervient n'est pas un contrat de nantissement nul comme portant sur un objet inexistant.

Mais quel sera alors exactement le bien qui sera mis en gage? La question est délicate à résoudre et n'a pas été résolue de même par tous les auteurs. D'après une première théorie, adoptée presque unanimement par les quelques auteurs qui ont traité de la question et par les arrêts de la Cour de Cassation, et à laquelle nous croyons préférable de nous rallier, les biens mis en gage sont les créances futures des obligataires contre la Société constatées dans les obligations au porteur remises au créancier gagiste, obligations qui en général sont assorties d'une garantie hypothécaire. Les effets de ce nantissement n'offrent pas de difficultés si la Société n'a pas été mise en faillite. Dans le cas contraire, il faut distinguer si le banquier gagiste a émis ou non. S'il a émis, il opposera son privilège de

1. *Précis de droit commercial* (3^e éd.). T. I, n° 1080.

gagiste sur les sommes touchées jusqu'à concurrence du montant des avances consenties. S'il n'a pas émis, il faut faire une sous-distinction suivant qu'il s'agit d'obligations chirographaires ou d'obligations hypothécaires. Dans les deux hypothèses, il conserve la faculté de vendre les titres, c'est-à-dire de procéder à la réalisation de son gage conformément à l'article 93 C. com., mais en ce qui concerne les obligations chirographaires, il n'en résulte aucune garantie sérieuse, car il est plus que probable qu'il ne trouvera pas d'acquéreurs, personne ne se souciant guère d'acheter des obligations d'une société en faillite.

S'il s'agit d'obligations hypothécaires, le banquier se trouve avoir en mains une garantie beaucoup plus efficace. Trois solutions ont été proposées : 1° On a dit que le gagiste n'avait que la possibilité de réaliser son gage. Ce n'est pas là une garantie illusoire, car, malgré la faillite, les obligations ont quand même une valeur appréciable en argent à cause de la sûreté hypothécaire qui y est attachée. D'autre part, le syndic pourrait reprendre les titres en remboursant intégralement le banquier (art. 547 C. com.¹).

2° On a soutenu que l'hypothèque jouait alors le rôle d'une garantie au profit du gagiste et pouvait être appliquée directement à la sûreté de sa propre créance. Il a été objecté que cette hypothèque n'ayant

1. Voir notamment MM. Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial* (3^e éd.), t. I, n° 1080.

point d'existence actuelle puisque ses bénéficiaires étaient les futurs obligataires devait tomber. Mais les partisans de la théorie précitée rattachent l'hypothèque à la créance du gagiste « au travers de l'obligation non émise ». D'après M. Demogue¹ : « L'hypothèque a déjà une existence éventuelle, elle peut être inscrite, et pour qu'elle puisse devenir actuelle, être mise en mouvement pour aboutir à un paiement (production à l'ordre ou saisie de l'immeuble) il suffit d'une créance actuelle à laquelle elle puisse se rattacher. Le cas le plus simple serait celui où l'obligation trouverait un souscripteur. Mais il en sera de même si l'obligation non encore émise est donnée en gage. Au travers de l'obligation non encore émise, l'hypothèque va se rattacher à la créance du créancier gagiste et elle pourra être mise en œuvre pour assurer le paiement du montant de cette créance ».

3^o D'après une autre solution présentée notamment par M. Chéron², si, en cas de faillite, le bailleur de fonds exerce l'hypothèque attachée à la créance des obligataires contre la Société, ce n'est pas comme créancier gagiste nanti de cette créance, mais comme obligataire, la Société lui ayant en quelque sorte permis, pour le cas de non-paiement, de se mettre aux lieu et place des souscripteurs, c'est-à-dire de s'approprier et d'exercer la créance constituée en gage.

1. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, page 173.

2. Note sous Cass. Civ. 14 novembre 1911. D. 1912, I, 201.

On ajoute que cette explication est conforme à l'intention des parties et qu'elle se justifie en équité.

Deux graves objections ont été soulevées à propos de cette théorie mais elles ont été réfutées, sinon totalement du moins presque, par M. Chéron dans sa note au Dalloz (sous Cass. Civ. 14 novembre 1911 ; D. 1912-I-201).

1° On a dit : une personne ne peut pas donner comme sûreté une créance contre elle-même parce qu'elle ne peut pas disposer d'un élément d'actif qui se trouve dans un patrimoine autre que le sien à moins d'un texte formel (art. 1250, 2°, C. civ.).

M. Chéron répond en se demandant s'il est exact que la Société en constituant en gage la créance des souscripteurs contre elle-même dispose de la chose d'autrui? Cette valeur, dit-il, fait encore partie de son patrimoine. La Société dispose d'un titre de crédit qui représente une valeur économique impliquant des chances de plus-value, garantie par une hypothèque ou une autre sûreté. Ce titre de crédit, ajoute-t-il, est bien un titre contre elle-même, mais il n'a pas encore trouvé d'acquéreur, et sa propriété n'a encore été attribuée à personne. Il peut donc être constitué en gage.

2° La seconde objection a été formulée notamment par MM. Wahl¹ et Châtel. L'opération envisagée

1. Note sous Cass. Req. 13 juin 1903. S. 1905, I, 497.

comme nantissement est condamnée d'avance comme se heurtant à la prohibition du pacte commissoire. Elle est développée ainsi par M. Chatel. L'émission des titres n'a pas été subordonnée au non-paiement de la dette. Le banquier est chargé d'émettre à son gré, ou suivant l'état du marché, ou après un terme fixé. L'émission est un mode de remboursement commode de la dette contractée envers le gagiste. Les parties n'ont pas voulu se soumettre aux conditions de réalisation du gage du droit commun, elles tombent donc sous la prohibition de l'article 2078 C. civ. La nullité de cette clause entraînant l'anéantissement de la garantie accordée au gagiste, la validité du nantissement importe peu.

M. Demogue¹ répond en faisant intervenir l'idée de mandat. Le créancier est chargé comme mandataire de transformer le gage de chose future en chose actuelle et il ne peut y procéder que par l'aliénation, et l'aliénation de l'obligation est une condition sine qua non de la transformation du gage futur en gage réel.

Mais l'idée de mandat est condamnée aussi par l'article 2078 C. civ. quand il n'est pas donné uniquement dans l'intérêt du mandant car alors il n'est pas révocable.

Mieux vaut donc dire, comme le fera M. Chéron à

1. *Revue trimestrielle de droit civil*. 1906, page 173

propos du cas de faillite, qu'il n'y a pas violation de l'article 2078 C. civ parce que le gagiste ne se remboursera sur l'argent touché que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû. D'autre part, le gage n'est destiné à subsister qu'aussi longtemps que le titre remis en gage n'aura pastrouvé preneur, puisque le remboursement du créancier gagiste s'effectue au fur et à mesure des versements faits par les souscripteurs (de même, dit M. Chéron, que si un débiteur ayant donné en gage plusieurs meubles, convient que s'il trouve acquéreur pour un de ses meubles l'acheteur en versera le prix aux mains du gagiste).

Une autre objection a encore été soulevée : comment expliquer que le gagiste encore nanti de son gage et non remboursé au moment de la faillite peut, au lieu de réaliser son gage, se prétendre lui-même propriétaire des titres et exercer les droits attachés à la qualité d'obligataire ?

M. Chéron réfute cette objection en faisant observer qu'il n'y a pas ici violation de l'article 2078 § 2 C. civ., car, dit-il, la raison d'être de la prohibition édictée par ce texte, c'est la crainte des conventions usuraires. Or, dans l'espèce, cette fraude n'est pas possible, car il ne s'agit pas d'attribuer au créancier gagiste la propriété de toutes les obligations données en gage dont la valeur excède généralement le montant des avances, mais de le faire venir à la faillite comme porteur d'un nombre d'obligations hypothécaires suffisant pour lui

assurer son remboursement, c'est-à-dire lui attribuer la propriété des titres donnés en gage *jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû*.

Deuxième théorie. — Une autre théorie exposée dans un arrêt de Bordeaux, 28 novembre 1900 (sous Cass. Req. 13 juin 1903. S. 1905-I-497) considère que le nantissement a pour objet les créances futures de la Société contre des souscripteurs qui se seront engagés à verser le montant nominal des obligations au porteur.

Cette théorie semble contraire au but voulu par les parties : donner une garantie sérieuse par les sûretés hypothécaires attachées aux obligations, lesquelles seront impossibles à exercer pour le gagiste puisque la créance dont il est nanti n'est pas celle à laquelle sont rattachées lesdites sûretés, à savoir : la créance des obligataires contre la Société. C'est là la seule et sérieuse objection à formuler. En effet, il peut être répondu facilement aux petites objections que l'on a encore soulevées.

1° On a dit : le gage sur une créance future n'est pas possible. Mais la convention n'est pas contraire à l'article 1120 du Code civil et d'autre part le contrat peut valoir comme promesse de gage jusqu'au jour où la chose engagée naît.

2° Ce qui est remis au gagiste, c'est la valeur au porteur contenant l'offre d'emprunter de la Société

et il n'y a pas là un gage, car le but à atteindre c'est le placement de la valeur et non sa restitution et de plus le pacte comissoire étant interdit, toute clause permettant sa réalisation est impossible.

Mais le gagiste ne fait que toucher le montant de la créance, ce qui lui est permis, répond M. Chatel. A cela on objecte que, pour toucher, il sera obligé de vendre les titres par lesquels la Société se reconnaît débitrice et qui ont été l'objet de la remise du gage.

Troisième théorie. — M. Wahl¹ propose une autre explication de la convention intervenue: Il n'y a pas eu nantissement, dit-il, mais mandat d'émettre les obligations avec délégation au bailleur de fonds une fois les obligations émises des sommes qui sont versées par les obligataires, mandat donné à la suite de l'avance faite par le bailleur de fonds sur le produit de l'émission future.

D'après cet auteur, avant leur émission, les obligations ne représentent qu'une valeur fictive, une créance inexistante qui, par suite, ne peut pas être mise en la possession du créancier gagiste. L'obligation ne constitue alors « qu'un projet de titre d'emprunt », car il ne peut y avoir de créance sans créancier. Il est singulier qu'un débiteur donne en gage sa propre dette future; l'obligation ne confère aucun droit à la Société qui l'a créée, elle ne peut donc pas être donnée en gage

1. Note de M. Wahl, sous Cass. Req. 13 juin 1903-1905, S. I. 497.

par elle et ne pourrait l'être que par le créancier, c'est-à-dire l'obligataire. En tout cas, l'obligation n'étant pas encore émise, il est certain que le nantissement porte sur une chose future, et en conséquence n'existe pas. Par suite de la difficulté de valider la convention comme nantissement, il a proposé l'explication sus-mentionnée.

Nous avons réfuté cette théorie par avance par les justifications données à l'appui de la théorie proposée. Rappelons pour mémoire qu'on ne peut assimiler les obligations non émises à de simples chiffons de papier, qu'en cas de faillite le bailleur de fonds ne sera qu'un simple mandataire et sera resté simple créancier chirographaire. Enfin, la principale objection est encore, à notre avis, que cette interprétation de la convention intervenue est manifestement contraire à l'intention des parties qui été de faire un contrat de garantie.

D'après MM. Thaller et Percerou (*Traité élémentaire de Droit commercial*, 7^e éd., n^o 1083 ter), l'opération est valable, mais n'est pas un contrat de gage proprement dit. On peut l'analyser par une interprétation des volontés en une convention *sui generis* ayant en elle-même ses éléments de validité. La convention porte que les titres resteront aux mains du banquier jusqu'à son remboursement : acquisition d'un droit de rétention; le banquier a le droit de les négocier sous certaines conditions et à certaines échéances d'où mandat de vendre, irrévocable, car dans l'intérêt,

des deux parties. Par cette décomposition, on échappe aux règles du nantissement et notamment à la prohibition de la clause comissoire.

Mais les sûretés données au bailleur de fonds par la convention interprétée ainsi ne sont pas aussi complètes que celles adoptées par les conclusions de la première théorie proposée.

Quatrième Théorie. — M. Guionin¹ dans sa thèse sur la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres, présente une autre solution. Il y a bien contrat de gage, mais celui-ci porte non sur des créances actuelles mais sur des créances futures. Le nantissement d'objets futurs est possible, dit-il, argument de l'article 1130 C. civ. Une seule objection tirée de la nécessité de la mise en possession pourrait être formulée, mais elle est écartée ici puisque les titres d'obligations sont déjà créés pour représenter les créances. Pratiquement, aucun acte enregistré ne sera nécessaire puisqu'on est en matière commerciale; la signification n'est pas exigée puisque le titre revêt la forme au porteur, la mise en possession se réalisera par la remise du titre.

Cinquième Théorie. — M. Chatel donne une autre explication de la convention intervenue. « Le nantissement n'a pour objet les créances futures des obligataires contre la Société pas plus que les créances futures de

1. Guionin (H.), De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres, *Thèse* Paris, 1907, page 37 et suiv

la Société contre les obligataires, mais bien l'engagement irrévocable, l'offre irrétractable d'emprunter de la Société ». Cet engagement est enchâssé dans un contrat qui le vivifie et matérialisé dans les titres au porteur remis : il est le seul objet possible du nantissement. Mais l'intention des parties n'a pas été de vouloir faire un nantissement car, tandis que la destination normale de l'objet d'un gage, c'est d'être conservé par le gagiste pour être restitué après le paiement, ici la destinée normale des obligations, c'est d'être émises et le gage s'éteint par leur réalisation. Il y a, dit-il, mandat d'émettre compliqué d'une convention de remboursement, ledit mandat ne pouvant être révocable au gré de la Société mandante puisqu'il a été créé dans l'intérêt des deux parties. Le prêteur trouvera toutes les garanties nécessaires, d'une part par la remise des titres, d'autre part par la compensation qui s'opérera entre le prix des titres qu'il a émis et le montant de ses avances, et le droit de rétention qu'il pourra faire valoir en cas de faillite sur le prix des obligations qu'il a placées pendant la période suspecte (théorie du *debitum cum re junctum*). L'opération présente en définitive un caractère alternatif où la faillite joue le rôle de condition. « Ou bien le créancier émet les obligations et se paie sur leur produit, ou la faillite, détruisant toute possibilité d'émission, la remise à lui faite, justifiée par son avance, lui permet de se présenter comme porteur d'obligations hypothécaires, jusqu'à concurrence

de son dû ». Si les obligations étaient chirographaires, ce qui est rare dans des conventions de cette espèce, le prêteur trouverait peu de garanties dans l'opération.

Cette explication est ingénieuse, mais, dit M. Chéron, paraît quand même contraire aux principes du droit, car il semble qu'il y ait là un gage sur la chose d'autrui puisque la Société remet en garantie au prêteur des titres de créance contre elle-même dont il ne se dessaisira qu'au furet à mesure de son remboursement. Quant à la clause conditionnelle qui joue en cas de faillite, ce n'est qu'un pacte commissaire déguisé et par suite nul.

VI. *Jurisprudence.* — Quelle a été l'attitude de la jurisprudence en présence de cette convention ? La question s'est d'abord posée d'une manière indirecte, en matière fiscale où la Cour de Cassation a affirmé que par le fait que des obligations non émises avaient été données en garantie elles devaient être frappées des droits de timbre loi du 5 juin 1850, art. 27 et de transmission, loi du 23 juin 1857, art. 6, affirmation répétée à plusieurs reprises en 1870, 1875, 1897 et enfin dans un arrêt des Chambres Réunies du 16 mars 1904. D. 1904-I-321. « Des obligations au porteur dépourvues d'un souscripteur et remises par une Société en garantie d'une avance... doivent cependant être considérées comme ayant reçu une existence juridique conférant au bénéficiaire un droit propre sur les titres ».

Quid du point de vue purement civil ? La nullité du nantissement est affirmée par un arrêt de C. Besançon, 5 août 1903. S. 1905. II-294; D. 1904-II-465. Note de M. Appleton. « Les obligations créées par une Société en vue d'une émission à réaliser n'ont d'existence que lorsqu'elles ont été souscrites par des preneurs qui en ont fourni les fonds; jusque-là les titres créés par la Société sont nuls et de nul effet, et par suite ils ne peuvent être valablement donnés en nantissement et c'est vainement qu'on objecterait que la dation en nantissement équivaut à une émission des obligations ».

La Cour de Cassation, au contraire, affirme la validité du contrat de nantissement. Cass. Req., 13 juin 1903. S. 1905. I-497. Note M. Wahl. D. 1904-I-326. qui rejette un pourvoi contre C. Bordeaux, 28 novembre 1900. « Attendu que les obligations engagées faisaient partie d'une série de 2.000 obligations, créées en vertu d'une délibération du Conseil d'administration, numérotées et timbrées, produisant des intérêts... que dans ces conditions vainement soutiendrait-on que les obligations ne sont pas encore émises..., qu'ayant au contraire une existence légale complète et étant matériellement transmissibles, ces titres, bien que frappés d'une indisponibilité momentanée, réunissaient tous les éléments d'une créance contre la Société qui les avaient souscrits et pouvaient dès lors faire l'objet d'un nantissement ». Donc l'opération équivaut à une

émission. Cass. Req. 1^{er} août 1906. S. 1908-I-68. qui rejette pourvoi contre Douai, 29 novembre 1904. S. 1905-II-294.

D'après cet arrêt il y a une constitution de gage, mais en l'espèce il s'agissait d'obligations auxquelles des personnes agissant en leur nom personnel avaient déclaré souscrire et qui, par suite, avaient été réellement émises.

La Cour de Cassation Civ. 23 février 1909. S. 1909-I-390, et *Revue trimestrielle de droit civil* 1909, p. 919, reconnaît que le contrat intervenu confère au créancier un droit propre sur les titres qu'il détient, droit acquis qu'il peut exercer malgré la liquidation judiciaire de la Société et traite ledit contrat comme un nantissement, puisqu'elle reconnaît au créancier le droit de réaliser les titres suivant les formes prévues en matière de gage commercial.

Enfin dans un dernier arrêt, Cass. Civ. 14 novembre 1911; S. 1912-I-404; — D. 1912-I-201. Note de M. Chéron, la Cour de Cassation statue à propos d'obligations souscrites mais non libérées. « Attendu que les obligations négociables créées par une Société, conformément à ses statuts, et souscrites par un tiers, ont une existence légale et peuvent être valablement données en nantissement;... que..., le défaut de libération des titres avant la faillite n'avait pas eu pour conséquence juridique d'enlever toute cause à des obligations régulièrement créées et souscrites, et de rendre nul le nantissement ».

Cette solution n'est que la conséquence logique des précédents arrêts et s'impose dès lors que l'on reconnaît comme valable le nantissement d'obligations non émises, car si l'on considère celles-ci comme ayant une existence juridique par suite de leur dation en nantissement, à plus forte raison peut-on dire de même pour des obligations souscrites, mais non encore libérées par le versement des fonds formant le montant de leur valeur nominale. Dans ce cas la Société donne en gage en même temps que les titres, créances des souscripteurs contre elle-même, les créances que la Société a contre ses souscripteurs et qui résultent des versements à faire par ceux-ci, et la faillite de la Société intervenant avant la libération des titres n'aura pas pour effet de résoudre le contrat survenu entre le souscripteur et la Société ni de le libérer de ses engagements, et par suite, le nantissement dont ces obligations ont été l'objet ne sera pas frappé de nullité. Arrêt susvisé de la Cour de Cassation du 14 novembre 1911.

On a ajouté que dans le cas de faillite, si les obligations étaient hypothécaires, il faut reconnaître au gagiste au cas de non-paiement le droit de se mettre aux lieu et place des souscripteurs, c'est-à-dire de s'approprier et d'exercer la créance constituée en gage. En envisageant ainsi l'opération, on reconnaît qu'elle vaut alors une garantie sérieuse pour le bailleur de fonds qui aura ainsi toute sécurité.

Que conclure ? Cette jurisprudence sur le nantisse-

ment par une Société de ses propres obligations, non souscrites, ou souscrites mais non libérées, approuvée en général par les auteurs, semble donc ne pas violer de principes de droit essentiels. Il faut d'autre part reconnaître qu'elle se pose pour les titres au porteur dont la nature juridique est fort troublante, où nous voyons un morceau de papier si bien concrétiser un rapport entre créancier et débiteur qu'il en est la preuve, l'absorbe et le manifeste.

Il est à remarquer que l'analyse juridique du contrat intervenu serait de beaucoup facilitée si l'on faisait appel à des principes reconnus par des législations étrangères mais contraires à nos données juridiques traditionnelles. Ces principes, ce sont les théories de l'engagement unilatéral, de la dette abstraite, de la personnification du titre. Ce serait au titre que la Société doit, le titre serait créancier, aurait un représentant agissant en son nom : le porteur du titre. Il y aurait des créances négociables sans créanciers actuels, on peut, en fait, en trouver l'exemple dans les cédules hypothécaires créées par la loi de messidor an III.

D'autre part, des considérations pratiques nombreuses militent en faveur de la validité de l'opération, car on doit, autant que possible, faciliter l'obtention des moyens de crédit dont la répercussion ne pourra guère n'être que bienfaisante au point de vue de l'industrie et du commerce.

§ 2. *Des formalités de constitution du gage civil*

Quelles seront les formalités de constitution d'un gage civil portant sur des titres au porteur ? Si l'on considère la nature juridique de ces titres, ce sont des droits de créance et par suite il y a lieu d'appliquer les formes prévues à l'article 2075 C. civ. pour le nantissement des droits de cette espèce, à savoir : la rédaction d'un acte à date certaine, et la signification de cet acte au débiteur de la créance donnée en nantissement.

Mais d'autre part le transfert de propriété de ces titres se faisant comme pour les objets mobiliers par simple tradition, n'y a-t-il pas lieu d'assimiler au contraire ces titres à des meubles corporels dont la mise en gage est régie par l'article 2074 C. civ. ?

Ou bien faut-il adopter une solution mixte et décider que bien que le nantissement soit régi par l'article 2075 C. civ., il y a dispense de la signification par suite de l'incorporation du droit avec l'écrit qui le constate.

Une première solution adoptée par la jurisprudence affirme que les titres au porteur étant des droits de créance, il ne peut être procédé à leur mise en gage qu'en observant strictement les formalités de l'article 2075 C. civ., donc nécessité des deux formalités : rédaction d'un acte à date certaine et signification. Cass. 19 juin 1860; D. 1860-I-249; et sur renvoi Rouen, 24 janvier 1861; D. 1861-II-121; — Cass. Civ. 30 novembre 1864; D. 1865-I-55; — S. 1864-I-503; — Cass. Civ.

5 janvier 1872; D. 1872-I-161; — S. 1872-I-157; — Cass. Civ. 28 mars 1888; S. 1888-I-265; — D. 1888-I-255. Certains arrêts de cour d'appel sont cependant en sens contraire.

Une deuxième opinion soutient que les titres au porteur doivent être complètement assimilés aux meubles corporels, et notamment qu'ils doivent l'être au point de vue de leur mise en gage comme ils le sont au point de vue de leur transmission de propriété. Pour les constituer en nantissement, il faudra donc appliquer rigoureusement l'article 2074 C. civ., et par suite la rédaction d'un acte à date certaine ne sera nécessaire qu'en matière excédant 500 francs (art. 2074 C. civ., modifié par la loi du 1^{er} avril 1928).

Les valeurs au porteur, dit M. Guillouard¹, ne peuvent être considérées à la fois comme des meubles corporels et des meubles incorporels. Ces deux idées s'excluent. Si l'on envisage leur nature intime on les traitera comme des meubles incorporels, mais si on s'attache à leur mode de transmission on les assimilera aux meubles corporels. C'est à ce système qu'il faut se rattacher lorsqu'il s'agit de constitution de gage; il y a création d'un droit réel et pour déterminer comment il peut être créé, il faut d'abord rechercher comment l'objet du gage peut être aliéné.

Il est difficile d'être fixé sur l'opinion exacte d'une

1. *Traité du nantissement et du droit de rétention* (2^e éd.), n° 84.

partie de la doctrine, car elle se borne à déclarer qu'il faut un acte écrit conformément à l'article 2074 C. civ. sans préciser si celui-ci doit être effectué même en matière inférieure à 500 francs.

Enfin, une troisième opinion, adoptée par la majorité des auteurs et que nous croyons la meilleure, affirme que le nantissement est en principe régi par l'art. 2075 C. civ.; donc le contrat de gage devra être nécessairement constaté par la rédaction d'un acte à date certaine, mais elle reconnaît que le créancier gagiste sera dispensé de la signification du nantissement exigée aussi par l'article 2075 C. civ., parce qu'elle est inutile comme étant sans objet. Le débiteur, en effet, s'est engagé à ne payer qu'entre les mains du porteur. On ajoute que cette solution a l'avantage de supprimer une procédure coûteuse et qui serait du pur formalisme.

On peut encore faire valoir à l'appui de cette théorie que les règles d'acquisition du droit de gage doivent concorder avec les modes d'acquérir la propriété, et que par suite la signification n'est exigée en matière de gage que quand elle est requise en matière de propriété, par suite de la corrélation des articles 1690 et 2075 C. civ. Or cette formalité n'étant pas requise pour la transmission des titres au porteur, qui s'effectue par la remise du titre, ne doit pas l'être davantage pour leur mise en gage.

De plus, fait-on observer, quelle est l'utilité de la signification sinon de parfaire la convention à l'égard

des tiers et d'empêcher le débiteur de se libérer entre les mains du précédent ayant droit. Ce double but est atteint, pour les titres au porteur, par le fait que le gagiste a la détention desdits titres et que par suite il satisfait à la seule condition requise pour que le débiteur puisse valablement se libérer en payant entre ses mains.

En outre, en admettant même qu'il y ait une signification effectuée, elle serait sans effet vis-à-vis de l'établissement débiteur, « considérant, en effet, qu'en matière de titres au porteur, le droit s'incorpore au titre et se confond avec lui, de telle sorte que celui qui est porteur du titre est présumé être titulaire du droit que le titre constate, et qu'il peut, *nonobstant toute opposition*, exiger de l'établissement débiteur les prestations qui sont afférentes à son titre du moment qu'il ne s'agit pas de titres perdus ou volés et frappés d'opposition en vertu de la loi du 15 juin 1872 » C. Paris, 25 juin 1919; S. 1920-II-81.

Nous ne mentionnerons que pour mémoire une théorie soutenue par quelques auteurs et certains arrêts de Cours d'appel, d'après laquelle le gage civil des titres au porteur se constituerait comme en matière commerciale par la seule tradition des titres, et cela sans qu'aucun acte constate la convention de nantissement. On raisonne ainsi : l'article 2074 C. civ. est étranger aux valeurs au porteur car il ne s'applique par les termes qu'il emploie à propos des choses données en gage

« qualité, poids et mesure » qu'aux objets corporels, et il est impossible, d'autre part, d'appliquer l'article 2075 C. civ. qui reproduit la règle de l'article 1690 C. civ. parce que la propriété des valeurs au porteur se transmet par simple tradition sans observer les règles de l'article 1690 C. civ. En conséquence, leur mise en gage s'effectuera par simple tradition.

Il y a là une erreur manifeste, car le principe de la nécessité d'un écrit est nettement posé par les articles 2074 et 2075 C. civ., quel que soit l'objet sur lequel porte le gage.

§ 3. *Des formalités de constitution du gage commercial*

Depuis la loi du 23 mai 1863, il n'y a plus aucune difficulté en cette matière. La simple convention, même non constatée par un écrit, accompagnée de la remise du titre toujours exigée (art. 92 C. com.) suffit pour constituer valablement un nantissement portant sur des titres au porteur. Le contrat de gage s'établira à l'égard des tiers par tous les moyens de preuve prévus à l'article 109 C. com. Presque toute la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que la mise en gage des titres au porteur est régie par l'article 91 § 1 C. com., lequel s'exprime ainsi : « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractan-

tes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce. »

Les arguments sont nombreux.

1^o Tout d'abord une déclaration expresse de M. le Conseiller d'Etat Cornudet dans l'Exposé des Motifs de la loi du 23 mai 1863 présentée au Corps Législatif le 13 mars 1863 : « Le gage peut être constitué en titres au porteur, tels qu'effets publics, actions et obligations; ces sortes de valeurs sont devenues aujourd'hui, dans la pratique des affaires, l'objet le plus habituel des nantissements. Aucune disposition spéciale n'était nécessaire pour faire cesser les controverses qui se sont élevées au sujet du nantissement des valeurs ayant la forme au porteur, puisqu'il est déclaré par le projet, d'une manière générale et par conséquent applicable à tous les objets mobiliers quelconques, que le gage constitué par un commerçant s'établit à l'égard des tiers, conformément à l'article 109. La propriété des titres au porteur est transmissible sans endossement, sans notification au débiteur s'il s'agit d'obligations, et par la seule tradition, absolument comme la propriété d'un lingot, d'un bijou, d'un meuble. Le paragraphe premier suffit donc à leur égard, et tranche toute controverse ».

2^o Le droit que contient un titre au porteur se transmet avec ce titre lui-même qui doit être considéré comme un meuble corporel quelconque.

3° L'inutilité complète de toute signification adressée au débiteur.

4° L'identité des formes de la vente et de l'impignoration.

La Cour de Cassation confirme cette manière de procéder dans un arrêt de : Cass. Civ. 9 janvier 1905; S. 1907-I-115; — D. 1905-I-76; le gage peut être établi par l'un quelconque des modes de preuve indiqués dans l'article 109 C. com.

§ 4. *Des effets du nantissement (civil ou commercial)*

Peu de particularités à signaler quand le gage consiste en des titres au porteur.

La possession des titres est conférée au gagiste qui a l'obligation de la conserver. Celui-ci ne devra donc pas se dessaisir des titres, sauf circonstances exceptionnelles. Dijon, 10 février 1902; S. 1094-II-97 (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 438). En cas de perte ou de vol des titres qui lui sont ainsi confiés, il aura le droit de réclamer la restitution des titres aux mains du tiers entre lesquelles ils se trouveront.

D'autre part, si personnellement il est de bonne foi et si les titres à lui remis n'appartenaient pas au constituant de gage, il pourra, comme nous l'avons vu, s'opposer à toute revendication de la part du verus dominus en invoquant la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre ».

La restitution du gage s'opèrera par la remise des titres mêmes qui ont été donnés en nantissement et c'est à tort que, dans le cas où le prêteur serait un banquier, on invoquerait certains usages commerciaux pour soutenir que la banquier n'est tenu que de restituer des titres du même genre. S'il en était ainsi en effet, c'est que la convention intervenue ne serait pas un contrat de gage, car les titres ne sont pas fongibles. Comparez un arrêt de la Cour de Cassation rendu à propos de choses fongibles. Cass. Req. 10 mars 1915; S. 1916-I-5 et la note de M. Lyon-Caen; — D. 1916-I-241.

S'il s'agit de titres au porteur amortissables, le prêteur devra surveiller les tirages et aviser l'emprunteur que l'obligation est devenue remboursable, afin qu'ils puissent en toucher le montant.

Si ces titres amortis étaient remployés en autres titres de même nature, le privilège du créancier gagiste ne s'étendrait pas à ces nouveaux titres à moins d'un nouveau contrat de nantissement en vertu des principes que nous avons déjà exposés.

Enfin, toujours à cause de l'application de l'article 2279 § 1 C. civ., si les titres au porteur avaient été aliénés par le gagiste à un tiers de bonne foi, le constituant du gage ne pourrait les revendiquer bien qu'il ait payé l'obligation garantie et par suite ne pourrait rentrer en possession des titres remis en gage, mais il conserverait naturellement un recours contre le créan-

cier gagiste. C'est là un danger qui peut avoir de fâcheux résultats. La pratique a montré que souvent des comptoirs financiers se créaient, ayant à leur tête des individus peu scrupuleux et n'offrant souvent pas de garantie de solvabilité, dans le but de faire des avances et des prêts sur dépôts de titres. Certaines personnes attirées souvent par l'espoir de gains à réaliser en se faisant prêter de l'argent pour spéculer en matière financière, acheter notamment des valeurs de Bourse recommandées par ces établissements, s'adressent à ceux-ci et se font consentir un prêt pour la garantie duquel elles remettent en garantie des titres au porteur d'un placement sûr. Il arrive que les directeurs de ces maisons, poussés par des besoins d'argent, vendent les titres reçus en gage, pensant pouvoir les remplacer au moment de l'échéance du prêt par des titres de même nature. Si, avant que ce terme arrive, la faillite est déclarée, l'emprunteur n'a alors aucun moyen de recouvrer ses titres qui, en général, gageaient un prêt qui atteignait souvent à peine les deux tiers de leur valeur. Ces titres ayant été aliénés, le gagiste ne peut les revendiquer entre les mains du tiers porteur de bonne foi.

Signalons que si le constituant de gage se rendait coupable du délit de détournement d'objets remis en gage, il serait passible des peines prévues à l'article 401 C. Pén. (art. 400 § 5 C. Pén. modifié par la loi du 13 mai 1863). Les peines portées en l'article 406 C. Pén. contre le délit d'abus de confiance seront applicables au créan-

cier gagiste qui aura détourné ou dissipé les biens remis à titre de nantissement (art. 408 § 1 C. Pén.).

§ 5. *De la comparaison du report et du nantissement*

Il faut avoir bien soin de distinguer le nantissement d'une convention de banque très voisine : le report, qu'on peut définir brièvement : « Une vente au comptant avec revente à terme des mêmes titres », le premier acheteur conservant la propriété des titres jusqu'au paiement du prix de la rétrocession. MM. Lyon-Caen et Renault¹ définissent les reports comme consistant « dans une combinaison liant ensemble un marché au comptant et un marché à terme ou deux marchés à terme différents ». L'opération est donc constituée par l'achat de valeurs mobilières au comptant ou à un certain terme et la revente simultanée de titres de la même espèce à terme ou à un terme plus éloigné pour un prix déterminé, l'achat et la vente étant faits à une même personne. On appelle reporteur celui qui achète pour revendre et reporté celui qui vend pour racheter.

La nature juridique du report a toujours été controversée². Certains auteurs ont soutenu qu'il y avait là en réalité un prêt sur nantissement dissimulé sous une double

1. *Traité de droit commercial* (5^e éd.). T. IV, n° 964.

2. Il ne peut s'agir ici que du report direct, car en matière de report indirect les opérations de la vente et du rachat étant effectuées vis-à-vis de deux personnes différentes donnent naissance à deux contrats distincts complètement indépendants l'un de l'autre.

vente, dans lequel le reporteur joue le rôle de prêteur et le reporté celui d'emprunteur, les titres formant le gage, le prix du marché au comptant la somme prêtée, le prix du marché à terme la somme à rembourser et la différence entre les deux prix le montant de l'intérêt. Par suite, il faudrait appliquer les conditions de constitution d'un gage valable, d'où l'on tire notamment comme conséquence que le reporteur ne pourrait s'approprier les valeurs reportées sans observer les formalités requises en matière de réalisation du gage¹.

Mais la majorité des auteurs affirme au contraire qu'il n'y a pas là un nantissement. La principale objection qui a été faite à cette assimilation du report à un prêt sur gage est que dans ce dernier contrat le prêteur doit conserver la chose engagée elle-même, or dans le report il n'en est rien. Le reporteur est vraiment propriétaire des titres et il a le droit d'en disposer. Il résulte en effet des usages adoptés que, sauf dans le cas de convention expresse, le vendeur primitif ne peut exiger la restitution même des titres livrés alors qu'on lui remet des valeurs identiques de même nature. Si le contrat contenait cette stipulation expresse (il est désigné dans ce cas sous le nom de report cacheté) on pourrait peut-être alors admettre qu'il y a prêt sur gage.

D'autre part, les partisans de cette première théorie ont nié qu'il y ait deux ventes simultanées en sens con-

1. Voir notamment sur les autres intérêts pratiques qui résultent de la solution adoptée : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 988bis *in fine*.

traire car, ont-ils dit, la vente étant translatrice de propriété par elle-même, le revendeur, en revendant ce qu'il vient d'acheter, cesserait d'être propriétaire au moment même où il le deviendrait et par suite serait un bien singulier acheteur. MM. Lyon-Caen et Renault¹ font observer que cette argumentation repose sur une erreur. « Pour qu'à la suite d'une vente au comptant, disent-ils, l'acheteur devienne propriétaire, il faut que les choses vendues aient été individualisées. La vente à terme au reporté ne peut avoir pour effet la translation de propriété des valeurs mobilières car, sauf dans des cas exceptionnels, cette vente a pour objet une certaine quantité de titres d'une certaine espèce comme dans les autres marchés de Bourse et ces titres ne sont individualisés qu'après l'arrivée du terme. »

MM. Lacour et Boutron² affirment que le reporteur ne peut recevoir les titres en qualité de créancier gagiste par suite de l'impossibilité manifeste de concilier avec cette affirmation les solutions données en matière de report, et notamment les suivantes : 1° le reporteur a le droit d'encaisser les coupons qui arriveraient à échéance; 2° il gagne le lot ou la prime de remboursement en cas de tirage; 3° il a le droit de prendre part aux assemblées générales si le report porte sur des actions de société; 4° il peut être obligé de faire un versement d'espèces, si le report portant

1. *Op. cité*, n° 988.

2. *Précis de droit commercial* (3^e éd.). T. II, n° 1591.

sur des actions non libérées, il est fait un appel de fonds par la Société.

C'est donc légitimement qu'on peut conclure que le report est une opération distincte du nantissement. Quelle en est donc la nature juridique?

Certains auteurs ont considéré qu'il y avait là une vente à réméré, avec rachat obligatoire, mais il est difficile de concevoir un réméré qui s'exercerait inévitablement et qui de plus s'appliquerait à des choses fongibles.

On l'a aussi rapproché du contrat mohatra procédé juridique employé autrefois pour déguiser des prêts usuraires. Le prêteur était censé acheter un bien au comptant et il le revendait à terme à un prix plus élevé mais dans l'intention des parties il n'y avait pas vraiment de vente. Ce caractère fictif différencie indiscutablement ce contrat du report dans lequel la propriété des titres est réellement transmise à l'acheteur au comptant.

Aussi l'opinion qui prévaut actuellement est que cette réunion d'un achat et d'une vente simultanée fait du report un contrat spécial qui se suffit à lui-même. D'après M. Allix¹, « cette combinaison d'achat et de vente a, dans le report, une vertu synthétique qui fait de lui un contrat sui generis, mais dont l'ingrédient, pour ainsi parler, est la vente. »

1. Des reports dans les bourses de valeurs, *Thèse Paris* 1900.

MM. Thaller et Percerou², font observer qu'en fait le report apparaît comme une double vente mais que dans l'intention des parties il est plutôt une opération de crédit, une avance de fonds. Ils ajoutent qu'en réalité aucune théorie ne donne satisfaction et qu'il vaut mieux faire du report une convention spéciale.

MM. Lyon-Caen et Renault³, affirment : « Il y a bien, en réalité, dans le report réunion de deux ventes simultanées, l'une au comptant, l'autre à terme, non un prêt sur gage, » et ils concluent que la simultanéité des ventes en fait un contrat spécial.

En pratique, le report est toujours considéré comme un contrat sui generis régi par les usages de la Bourse.

Quant à la jurisprudence elle a subi une évolution très intéressante à étudier³. Dès 1862 nous trouvons un arrêt de la Cour de Cassation (Cass. Req. 3 février 1862 S. 1862-I-369) admettant implicitement qu'un prêt sur dépôt de valeurs sous forme de report ne constituait pas un prêt sur nantissement proprement dit. Postérieurement, elle en vient à considérer le report comme un contrat spécial se suffisant à lui-même. « Attendu que le contrat de report, contrat spécial, est complet par lui-même, dès lors qu'il réunit les éléments dont il se compose essentiellement, à savoir, un achat au comptant et une revente à terme, ou une vente

1. *Traité élémentaire de droit commercial* (7^e éd.), n^{os} 936 à 947.

2. *Op. cité*, n^o 988 bis.

3. Voir notamment : Allix, *op. cité*, page 203 et suiv.

au comptant et un rachat à terme, intervenus simultanément sur les mêmes valeurs, entre les mêmes personnes; que l'opération ainsi effectuée est distincte et indépendante de celles qui l'ont précédée ou qui la suivront. « Cass. Civ. 1 mars 1897. D. 1897-I-411, Note de M. Boistel. (Voir également Cass. civ. 6 mai 1902, D. 1903-I-99.)

§ 6.— *Du nantissement déguisé sous la forme
d'un contrat de compte courant*

Il est parfois difficile de déterminer si la remise de valeurs à une banque en garantie du compte qu'elle ouvre à son client est une convention licite ou un contrat de nantissement. « La remise des titres à une banque en compte courant peut avoir pour effet de lui en transférer la propriété et de lui permettre d'en disposer à son gré sauf à porter à l'actif de son client le montant du capital produit par la vente », et alors la convention est licite; ou bien la remise peut n'être faite « qu'à titre de garantie et de nantissement des avances faites par le banquier, il y a alors un véritable contrat de nantissement et le banquier ne peut faire vendre sans observer les formalités prescrites par la loi pour la réalisation du gage. Le véritable caractère de la convention intervenue ne pourra se déterminer que suivant les circonstances de la cause dont les juges seront souverains appréciateurs¹

1. Voir la comparaison étudiée par M. Buchère, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, n° 898 à 900, (2^e éd.).

§ 7. *De la mise en gage des titres au porteur
déposés dans une banque*

Pour supprimer les dangers précédemment signalés résultant de la nécessité de la dépossession du débiteur au profit du gagiste, dont l'honnêteté risque d'être douteuse, ou pour éviter au gagiste d'assumer la responsabilité de la garde des titres, et échapper aux risques de perte et de vol, la pratique a imaginé le dépôt des valeurs dans un établissement de crédit en échange d'un reçu libellé « récépissé de dépôt », contenant spécification des titres par leurs numéros et qui seul sera remis au créancier. La jurisprudence considère que la remise de ce récépissé qui permet au porteur de reprendre les titres dans la caisse où ils sont déposés réalise la mise en possession du créancier gagiste exigée par l'article 2.076 C. civ. et équivaut à la tradition matérielle des titres.

Si le récépissé ne portait pas les numéros des titres, une signification à l'établissement dépositaire serait nécessaire, car il y a une créance contre le dépositaire qui est mise en gage, cela ne fait aucun doute.

Cette identification du récépissé avec les titres a été vivement critiquée par une partie de la doctrine : le récépissé et les titres ne représentent pas la même créance : les titres représentent la créance du déposant contre l'établissement émetteur.

Le récépissé représente la créance du déposant contre la banque dépositaire.

En sorte que la mise en gage du récépissé doit être signifiée à la banque du moment qu'il est nominatif conformément aux dispositions des articles 2.075 C. civ. 91 § 4. C. com. et par suite le gage sur les titres au porteurs eux-mêmes ne peut pas être valablement opéré par la délivrance au gagiste du récépissé quittancé par le déposant. En ce sens notamment est la thèse de MM. Thaller et Percerou¹. M. Hémard. (Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers - *Annales de droit commercial* 1902 - I^{re} Partie, p. 101 à 125) soutient également que la possession du récépissé n'équivaut pas à la possession des objets déposés. Ce récépissé, dit-il, est bien la représentation des valeurs déposées, mais il n'en est pas l'identification parfaite, car il ne fait que constater l'existence d'un droit de créance reconnu au profit du déposant contre le dépositaire. « Le récépissé forme le titre de propriété du titre au porteur, il ne devient pas lui-même un titre au porteur. » En conséquence, lorsque le récépissé est donné en nantissement, il faut remplir les formalités du gage sur les créances.

On fait encore valoir à l'appui de cette théorie qu'il faudrait, si l'on admet la mise en possession des titres par la remise du récépissé, conclure à la même solution

* 1. *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime* (7^e éd.), n° 1084.

pour tous les objets mobiliers déposés chez un tiers quelconque, si l'on considère les titres au porteur comme des meubles corporels. Si, au contraire, on les reconnaissait des droits de créance, on ne peut, dit-on, ne pas admettre que le récépissé n'est pas le titre constatant la créance qu'ils représentent.

M. Huc¹ fait valoir une autre considération pour expliquer la solution jurisprudentielle. La remise du récépissé peut être considérée comme une transmission suffisante de la possession si l'on admet que « la possession n'est en réalité rien autre chose que la possibilité d'exercer sur un objet des actes de puissance exclusive. »

D'après la jurisprudence, la remise d'un récépissé constatant qu'un certain nombre d'obligations ont été déposées entre les mains d'un banquier peut constituer ces valeurs en gage s'il s'agit d'objets déterminés, c'est-à-dire, de titres spécifiés par des numéros.

Paris 21 juin 1893. D. 1893-II-470; Paris 15 juin 1897. D. 1899-II-153, Note de M. A. Colin; Cass. Civ. 24 juin 1891. S. 1891-I-333, qui casse un arrêt d'Aix, 13 novembre 1889. S. 1890-II-17, note de M. Naquet, D. 1899-I-185.

On a objecté à cette jurisprudence que la possession du récépissé équivalait si peu à celle des valeurs déposées que sa perte ne mettrait pas obstacle à la remise des titres au déposant.

1. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. XII. Du nantissement, n° 372.

Mais cette proposition n'est pas très exacte, car, en cas de perte du récépissé, l'établissement dépositaire se fera produire toutes justifications nécessaires pour se décharger de toute responsabilité.

D'autre part, on peut dire que le certificat de dépôt se rattachant aux titres pris in specie peut en établir la propriété et par suite la transférer, de telle sorte que la remise du récépissé puisse correspondre dans certaines conditions à celles des titres eux-mêmes. Par suite de la concordance des formes de la vente et du gage, on doit en conclure qu'un droit de gage peut être établi à l'aide du récépissé sur les valeurs dont il constate le dépôt.

Certains auteurs adoptent une solution mixte : on ne pourra subroger le récépissé au titre que quand il s'agit d'un récépissé unique par sa nature et ne devant pas coexister avec le titre auquel il est subrogé ce qui suppose que le titre a été retiré de la circulation, par exemple, pour échange des obligations contre d'autres nouvelles obligations, conversion de titres d'un emprunt en titres d'un autre emprunt.

Mais on objecte que par suite de la mention du nom du déposant sur le certificat, celui-ci prend un caractère nominatif; qu'il ne devient pas un titre au porteur et ne se présente pas comme le titre de propriété du titre au porteur.

M. Légal, dans son étude sur « Le contrat de dépôt

des titres en banque » expose nettement les deux questions qu'il y a lieu de distinguer.

1^o La conception d'une représentation des titres par le récépissé qui est à la base de la jurisprudence est-elle exacte?

2^o La remise du récépissé tient-elle bien de la tradition effective des titres, autrement dit, ce récépissé peut-il être assimilé à un titre au porteur et se transmettre ou être mis en gage par simple tradition?

1. Et tout d'abord, est-ce que l'on peut valablement identifier les titres au porteur et le récépissé qui constate leur dépôt, observation faite qu'il ne peut s'agir que d'un récépissé contenant spécification des titres, puisqu'il est admis unanimement par les auteurs et la jurisprudence que s'il en était autrement aucune identification ne serait possible.

A l'encontre de cette représentation des titres par le récépissé, on a fait observer qu'elle ne pouvait être admise en dehors d'un texte formel. Or s'il y en a pour le connaissance, article 92 C. com., pour le warrant art. 4 loi du 28 mai 1858, il n'existe aucune disposition semblable en notre matière.

On ajoute que le récépissé n'est qu'un instrument probatoire de la convention et qu'en conséquence sa détention n'équivaut pas même à l'aide d'une fiction de droit, à la détention des titres eux-mêmes, d'où sa remise de la main à la main ne saurait produire aucune conséquence juridique.

2. Mais si par hypothèse l'on admettait que la conception de l'identification fut exacte, pourrait-on, même si le récépissé est nominatif, l'assimiler aux titres au porteur et le considérer au point de vue de la mise en gage comme transmissible par simple tradition?

M. Legal fait observer que pareille affirmation ne peut être étayée sur aucune argumentation juridique sérieuse. D'un argument d'analogie avec le warrant et le connaissance dont le caractère représentatif est reconnu par la loi, il conclut que le récépissé comme ces titres n'est transmissible que par le mode qui lui est propre d'après sa rédaction. C'est à tort, dit M. Legal, que la jurisprudence fait abstraction de cette circonstance que le récépissé de dépôt est en général rédigé à personne dénommée pour le considérer comme transmissible par simple tradition. Il doit en être de même que pour le connaissance qui, s'il est cessible par tradition quand il est au porteur, ne l'est que par endossement quand il est à ordre.

Tels sont les principes juridiques que l'on peut faire valoir en cette matière. Cependant, la jurisprudence étant basée sur des considérations d'utilité pratique incontestables, notamment la nécessité au point de vue des moyens de crédit de pouvoir mettre en gage des titres au porteur déposés dans une banque, il y a lieu de chercher les moyens pratiques d'aboutir aux mêmes résultats sans heurter violemment les principes de notre droit.

D'après M. Legal, on pourra considérer le récépissé comme une représentation adéquate des titres s'il remplit les quatre conditions suivantes :

1° Etre rédigé sous la forme d'un titre négociable, de préférence de forme à ordre.

2° Contenir spécification des titres.

3° Etre conçu de telle sorte qu'il y ait impossibilité pour le dépositaire de délivrer successivement sans engager sa responsabilité plusieurs récépissés afférents à un même dépôt.

4° Impliquer l'impossibilité pour le déposant de retirer les titres et d'en disposer sans présentation et modification correspondante du récépissé.

Quid si en fait on se trouve en présence d'un récépissé à personne dénommée ? Il semble que pratiquement on puisse mettre en gage le titre qu'il représente par la remise au gagiste du récépissé « quittancé » par le déposant, de telle sorte que le gagiste porteur dudit récépissé pourrait, s'il le voulait, prendre livraison des titres. Il pourrait être aussi mentionné sur le récépissé que la remise qui en est faite vaudrait pouvoir à un tiers de retirer les titres. On pourrait encore procéder autrement et considérer le banquier comme le tiers convenu prévu à l'article 2076 C. civ. Une signification de la constitution de gage devrait être faite au banquier pour qu'il possède désormais les titres non plus pour le compte du déposant, mais pour celui du créancier

gagiste. Et, dans l'état actuel de la jurisprudence, cette notification n'étant pas suffisante pour établir l'intervention de possession, il faudrait en outre que le banquier accepte formellement de détenir les titres pour le compte du créancier gagiste.

CHAPITRE V

EXAMEN DE QUELQUES SITUATIONS SPECIALES

§ 1. *De la mise en gage des rentes sur l'Etat.*

Nous nous bornerons à donner les principes essentiels qu'il y a lieu d'appliquer, ne voulant pas examiner toute la législation spéciale à ces titres.

Les rentes sur l'Etat peuvent-elles faire l'objet d'un gage ? Des doutes s'étaient élevés autrefois à cause de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, lois du 8 nivôse an VI et du 22 floréal an VII, et par suite de l'impossibilité d'une mainmise des créanciers par des actes équivalant à une saisie. Mais, en cas de gage conventionnel, il n'en est pas ainsi. Les rentes sont cessibles et peuvent donc être mises en gage. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes. L'article 832 C. Pr. civ. modifié par la loi du 2 juin 1841, reconnaît formellement cette possibilité. Cass. Req. 26 juillet 1928. *Gazette du Palais*, 17 novembre 1928.

Des formalités de constitution du gage

Il faut distinguer les titres de rente nominatifs, les titres de rente mixtes et les titres de rente au porteur.

Titres de rente nominalifs. — Le Trésor admet le transfert de garantie pour ces titres. D'après certains auteurs, ce transfert est obligatoire et ne peut être remplacé par la signification prévue à l'article 2075 C. civ., le Trésor Public ne devant tenir aucun compte des oppositions pratiquées entre ses mains par les créanciers du rentier, et la signification équivaut à une opposition.

On invoque encore, par voie d'analogie, la cession de ces titres pour laquelle un transfert est nécessaire à l'effet de la rendre opposable aux tiers. (Argument de la loi du 24 août 1793 disposant que « le Grand Livre de la Dette Publique est le titre unique et fondamental de tous les créanciers de la République » et impliquant par là que toute modification de la propriété donne lieu à une modification de l'inscription sur le Grand Livre).

D'après la majeure partie de la doctrine et la jurisprudence, le transfert de garantie n'est pas obligatoire, et la remise du gage peut valablement s'opérer par voie de signification au Ministre des Finances.

« La formalité du transfert n'est exigée par aucun des articles du Code civil relatifs au gage; les articles 2074 et suivants imposent seulement la rédaction d'un acte public ou sous seing privé enregistré et sa signification au débiteur de la créance donnée en gage », affirme

la Cour de Cassation le 26 juillet 1928 se prononçant pour la première fois sur la validité du gage d'un titre nominatif de rente notifié au Ministre des Finances sans qu'il y ait eu transfert de garantie effectué sur le Grand Livre. Cass. Req. 26 juillet 1928; S. 1929-I-70; *Gazette des Tribunaux* du 19 septembre 1928; — *Gazette du Palais* du 17 novembre 1928. Cette solution avait déjà été donnée par certains arrêts de Cour d'appel.

Paris 26 janvier 1894; S. 1894-II-93; — D. 1894-II-215; — Paris 27 décembre 1894; — D. 1896-II-123; — Paris 11 juillet 1900; — S. 1903-II-153 (solution implicite). Note de M. Wahl.

Nous ne signalerons que pour mémoire une théorie autrefois soutenue et d'après laquelle le dessaisissement du débiteur n'était légalement effectué que s'il avait remis à son créancier non seulement son titre de rente, mais encore un transfert d'ordre donnant pouvoirs au dépositaire vis-à-vis du Trésor, de vendre le titre et d'en opérer le transfert définitif à l'acquéreur éventuel.

Ce mandat exprès est inutile parce que l'acte constitutif de gage comporte en lui-même le consentement éventuel au transfert, et ce consentement enlève au transfert tout caractère d'une exécution forcée laquelle serait inconciliable avec l'insaisissabilité de la rente.

En pratique, l'administration des Finances exige pour inscrire la mention de nantissement sur les titres de rente :

1° qu'un acte de constitution de gage soit régulièrement dressé devant notaire.

2° qu'un certificat de propriété soit produit, ledit certificat devant viser cet acte.

Titres de rente mixtes. — Le Trésor n'admettant pas le transfert de garantie pour ces titres, on pourra procéder à leur mise en gage par un transfert simple accompagné d'une contre-lettre.

Titres de rente au porteur. — Aucune difficulté ne se présente pour la mise en gage de ces titres qui se fera comme celle des titres au porteur ordinaires.

§ 2. Des meubles corporels représentés par un titre.

Quand des meubles corporels sont représentés par un titre, faut-il considérer le nantissement comme portant sur une chose incorporelle : une créance de dépôt, ou comme portant sur les meubles corporels eux-mêmes ?

La loi dans des textes formels a admis dans certains cas l'identification des objets corporels avec le titre ou récépissé qui constate leur dépôt chez un tiers.

En ce qui concerne les marchandises déposées dans les magasins généraux, l'article 4 de la loi du 28 mai 1858 s'exprime ainsi : « L'endossement du warrant séparé du récépissé vaut *nantissement de la marchandise* au profit de cessionnaire du warrant ».

Pour les warrants agricoles, l'article 1^{er} § 3 de la loi du 30 avril 1906 : « Le *produit warranté* reste, jusqu'au

remboursement des sommes avancées, le gage du porteur du warrant ».

Pour les connaissements et les lettres de voiture, l'article 92 § 2 C. com. modifié par la loi du 23 mai 1863 : « *Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la Douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou une lettre de voiture* ». En effet, « une fois que les marchandises ont été chargées et le connaissement délivré, cet écrit est la représentation exacte des marchandises destinées à être transportées, et celui qui le détient les possède réellement, par l'entremise du capitaine jouant ici le rôle de tiers convenu » (Marais *Thèse sur le gage commercial en matière maritime*¹). Le porteur d'un connaissement à ordre régulièrement endossé est investi de la *possession légale des marchandises* portées sur ce connaissement. Le titre de transport ou d'emmagasiner se substitue donc à la marchandise et participe de sa nature; la détention du certificat équivaut à celle de l'objet corporel. De même la possession du warrant équivaut à la possession du produit warranté. Le magasin général joue ici le rôle du tiers convenu prévu par les articles 2076 C. civ. et 92 § 1 C. com.

Il est bon de noter que ces divers titres contiennent

1. Du gage commercial spécialement en matière maritime, *Thèse* Paris, 1895.

spécification de la nature et de la quantité des marchandises.

En dehors de ces cas où le tiers dépositaire est en quelque sorte reconnu par la loi, et de celui (contraversé en doctrine, et reconnu en jurisprudence) concernant le récépissé de titres au porteur déposés dans une banque (ces titres sont assimilés à des meubles corporels), on ne peut admettre d'identification des objets corporels avec le titre établissant leur dépôt chez un tiers. Le nantissement ne pourra pas porter directement sur ces objets par la remise du récépissé de dépôt, il ne pourra concerner que la créance contre le tiers, laquelle établit, d'une part, la propriété du titulaire de ladite créance sur ces biens, et d'autre part, l'obligation de restituer du débiteur. Il faudra donc employer les formalités du nantissement des créances.

Une autre explication a été donnée de l'article 92 §2 C. com. D'après MM. Thaller et Percerou¹, notamment, « la mise à bord ou en entrepôt a fait naître une créance en restitution de la marchandise. *Le gage porte sur une créance* à ordre, ou pratique l'endossement régulier de l'article 91 §2 C. com., un endossement en blanc pouvant être suffisant, sans signification ni au magasin général, ni au capitaine (réserves faites en ce qui concerne les particularités résultant de la loi du 28 mai 1858 sur les warrants). »

1. *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime* (7^e éd.), n° 1085.

2. *Annales de droit commercial*, Année 1902, première partie, p. 101 à 125.

M. Hémard dans son étude sur le « gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers² » s'efforce de démontrer que le gage constitué par l'intermédiaire d'un tiers reconnu par la loi au moyen d'un titre représentatif des marchandises constitue le plus souvent, sinon en principe, un gage sur une créance; la présence d'un titre vient changer la nature du gage qui porterait bien sur les marchandises, si sans l'existence de ce titre, les marchandises étaient simplement détenues par un tiers qui jouerait le rôle de tiers convenu de l'article 92 C. com. Le gage, dit-il, porte sur une créance en restitution des objets engagés et cette solution est la plus conforme à la nature du titre délivré et à la nature de l'objet engagé. Le titre se substitue-t-il aux marchandises de telle façon que c'est les posséder que de posséder ce titre, ou ce titre n'a-t-il pour effet que de constater une créance en restitution des marchandises déposées? M. Hémard reconnaît que pour les warrants la difficulté est résolue par la loi de 1858, mais pour le connaissement (auquel il faut assimiler la lettre de voiture) la loi n'a pas tranché la question et l'article 92 § 2 C. com. dispose seulement que la transmission du connaissement est suffisante pour assurer le privilège du créancier sans trancher la question de savoir quel est le mode de transmission nécessaire. Il règle, dit-il, les effets de la mise en possession mais non ses conditions. « Le connaissement est un titre constatant la créance du chargeur contre le capitaine. Quand il a été satisfait aux prescriptions nécessaires à la mise

en gage de cette créance. le détenteur régulier acquiert la possession juridique des marchandises sur lesquelles elle porte et à ce moment le législateur envisage le connaissement comme un titre représentant les marchandises ». Le gage porte donc non « sur les objets corporels eux-mêmes, mais sur la créance qui en assure la restitution ».

D'après MM. Lyon Caen et Renault¹, au contraire, le créancier est saisi des marchandises par le connaissement et la lettre de voiture. Pour déterminer s'il a été effectivement saisi, on considérera la forme du titre; il sera donc saisi par simple remise de celui-ci si le titre est au porteur, par endossement s'il est à ordre, par signification s'il est à personne dénommée. Ces auteurs font observer qu'un endossement en blanc serait suffisant et que c'est à tort qu'on objecte le texte de l'article 91 § 2 C. com., parce que, disent-ils, ce texte s'occupe de la constitution en gage des créances constatées par des titres à ordre, or « ce n'est pas de cela qu'il s'agit quand il y a endossement d'un connaissement à titre de garantie. *Ce sont les marchandises auxquelles le connaissement se réfère* qui sont constituées en garantie. L'endossement du connaissement n'a lieu que pour satisfaire à la mise en possession du créancier gagiste ». Le titre donne au créancier le droit de retirer exclusivement les marchandises. La majorité de la doctrine est du reste d'accord avec ces auteurs

1. *Traité de droit commercial* (5^e éd.), t. III, n° 278 bis.

pour substituer les marchandises au titre et font du gage sur connaissance un gage sur choses corporelles.

§ 3. *Des avances sur titres consenties par la
Banque de France*

Une législation toute spéciale a été créée en ce qui concerne les avances sur titres pratiquées par la Banque de France et cela à l'effet de faciliter à cet établissement de crédit la pratique de ces opérations.

La Banque de France est autorisée à faire des avances sur certaines valeurs mobilières françaises déterminées par son Conseil de Régence dans les limites fixées par les statuts de la Banque, les lois et les décrets.

La Banque peut prêter notamment sur les effets publics à échéance fixe qui lui sont donnés en recouvrement, les différents titres émis par l'Etat français : rentes françaises, bons et obligations du Trésor, obligations de la Défense Nationale, obligations des chemins de fer de l'Etat; les titres assimilés aux titres de l'Etat (notamment obligations des différentes colonies et des pays de protectorat); les actions et obligations des chemins de fer français; les obligations du Crédit Foncier de France; les obligations des villes et des départements; les obligations de certaines Chambres de Commerce.

La quotité du prêt varie de 80 à 50 %.

Le taux des avances est actuellement de 5,5 %.

Le chiffre minimum de l'avance consentie est d'environ 250 francs.

Les avances simples (par opposition aux comptes courants d'avances) sont consenties pour un délai de 3 mois et se renouvellent par tacite reconduction.

Les formes de la constitution de gage sont réglées par l'article 3 de l'Ordonnance du 15 juin 1834, rendue en vertu d'une délégation contenue dans l'article 3 de la loi du 17 mai 1834, ayant ainsi même valeur obligatoire que la loi et pouvant dès lors valablement déroger aux articles 2074 et suivants du Code civil. « L'emprunteur, dit cet article, souscrira envers la Banque l'engagement de rembourser, dans un délai qui ne pourra excéder trois mois, les sommes qui lui auront été fournies ». L'écrit dressé échappe donc aux conditions requises par l'article 2075 C. civ., et spécialement à l'exigence de l'enregistrement.

On pourrait déduire également de ce texte que l'écrit dressé n'est pas soumis aux formalités des articles 1325 et 1326 C. civ., mais en fait la Banque de France observe la formalité des doubles.

En ce qui concerne les titres nominatifs l'article 2 de l'ordonnance du 15 juin 1834 prescrit que ces titres seront transférés au nom de la Banque. En pratique, les titres sont immatriculés ainsi : « La Banque de France — Transfert de garantie ». Le nom du débiteur gagiste ne réapparaîtra sur le titre qu'à la suite de la mainlevée du gage ou de la rétrocession. Mais ce trans-

fert n'est pas un vrai transfert de propriété, car l'emprunteur conserve la propriété de ses titres. Argument de l'article 5 de l'Ordonnance précitée qui dispose que, faute de remboursement, les titres seront vendus et le reliquat, s'il y en a un, remis à l'emprunteur; c'est donc que c'est pour son compte que la vente a été opérée. Le transfert et le r  trotransfert sont effectués sans frais pour l'emprunteur. Il faut observer qu'en ce qui concerne les titres de rente sur l'Etat, la Banque de France est obligée de faire opérer un véritable transfert de propriété.

Les formalités de réalisation du gage sont elles aussi très simplifiées. La loi n'exige aucune mise en demeure ni aucune autre formalité. A défaut de remboursement à l'échéance, la Banque a le droit dès le lendemain de l'échéance de faire vendre à la Bourse par ministère d'agent de change tout ou partie des titres. C'est là pour elle un droit mais non une obligation et il a été jugé que la Banque de France n'était pas responsable de la dépréciation survenue aux titres si elle n'avait pas procédé à la vente desdits titres dès le lendemain de l'échéance. Paris, 3 juin 1851; S. 1851-II-515; — D. 1852-II-97. Elle a le même droit, mais seulement trois jours après une mise en demeure par acte extrajudiciaire, quand elle n'a pas été, dans ce laps de temps, couverte de la baisse survenue sur les titres engagés.

Le cas des titres au porteur n'est prévu par aucun texte. L'écrit dressé est soumis aux mêmes règles que

pour les titres nominatifs. Mais ne faudrait-il pas faire une signification au débiteur ? Si le gage est commercial, sûrement pas ; si le gage est civil on devrait l'admettre étant donnée la jurisprudence. En fait la Banque de France se contente de la remise des titres quelle que soit la nature du gage.

On ne peut citer que pour mémoire la théorie qui a été soutenue et d'après laquelle la règle concernant la vente des titres engagés aurait été modifiée par la loi du 23 mai 1863 en sorte que la Banque de France ne pourrait faire procéder à la vente que 8 jours après sommation. Mais la loi de 1863 est une loi générale, la disposition à laquelle il est fait allusion est spéciale et « *generalia non derogant specialibus* ».

§ 4. *Des avances sur titres consenties par le Crédit Foncier de France*

Le Crédit Foncier peut consentir des avances sur les obligations foncières émises par lui dans les conditions mêmes où la Banque de France est autorisée à faire des prêts sur valeurs mobilières (Décret du 28 juin 1856). Les articles 2074, 2075 et 2078 C. civ. ne sont pas applicables à ces avances (art. 1^{er} loi 19 juin 1857). Le privilège de la Société du Crédit Foncier sur l'obligation donnée en nantissement résultera de l'engagement souscrit par l'emprunteur dans les formes prescrites par les articles 3 et 5 de l'ordonnance royale du 15

mai 1834 relative aux avances sur effets publics faites par la Banque de France (art. 2, loi 19 juin 1857).

A défaut de remboursement, dès le lendemain de l'échéance, la Société du Crédit Foncier peut, sans qu'il soit besoin de mise en demeure, faire procéder par ministère d'un agent de change à la vente du titre conformément à la disposition de l'article 5 de l'ordonnance précitée (loi 19 juin 1857, art. 3).

Le Crédit Foncier est en outre autorisé à faire des avances sur tous les titres admis comme garantie d'avances par la Banque de France, mais les règles de droit commun restent applicables à ces avances. Les prêts doivent être consentis pour 20 jours avec faculté de renouvellement au taux des avances de la Banque de France.

§ 5. *Des avances sur titres consenties par les Monts-de-Piété*

Les Monts de Piété, désignés maintenant par l'appellation de « Caisse de Crédit Municipal » suivi du nom de la ville où ils sont établis, et cela depuis un décret du 24 octobre 1918, n'ont pendant longtemps pratiqué que le gage sur les objets corporels. Ces établissements officiels sont parmi les maisons de prêts sur gages autorisées visées par l'article 2084 C. civ. Ils ont été créés dans un but philanthropique afin de remédier aux maux de l'usure. Les prêts effectués étant en

général de valeur assez faible et ces établissements étant sous le contrôle de l'autorité administrative, des lois spéciales sont intervenues pour faciliter les formalités de constitution du gage.

Ce n'est que depuis une époque assez récente que les Monts de Piété sont autorisés à prêter sur des valeurs mobilières, et seulement sur les valeurs mobilières libérées au porteur (Loi du 25 juillet 1891, modifiée par la loi du 10 juin 1916). Cette loi n'est établie qu'en faveur du Mont de Piété de Paris, mais son article 11 stipule que ses dispositions pourront être appliquées aux autres Monts de Piété lorsque le conseil d'administration en fera la demande et après avis favorable du conseil municipal.

Le montant maximum des prêts est fixé par un règlement d'administration publique. Le décret du 8 juin 1916 l'a fixé à Paris à 3.000 francs, et il sera étendu prochainement à 10.000 francs¹. Les avances sont calculées d'après le cours de la Bourse mentionné à la cote officielle en prenant pour base le dernier cours au comptant de la veille. Les prêts sont de 80 % de la valeur des titres si ce sont des rentes françaises bons et obligations du Trésor, de 75 % sur toutes les autres valeurs portant intérêt au moins chaque année et désignées dans un état annuel soumis à l'approbation du préfet, taux

1. *Bulletin municipal officiel de la Ville de Paris* du 5 janvier 1929. Compte rendu de la Séance du Conseil municipal du 27 décembre 1928. Supplément, page 69.

réduit à 60 % s'il s'agit d'actions de jouissance (art. 2 et 3 de la loi du 25 juin 1891).

Pour certaines valeurs industrielles admises en garantie des avances depuis le 1^{er} janvier 1929, cette quotité est réduite à 50 %.

La durée du prêt, l'intérêt des avances sont fixés par arrêté du directeur du Mont de Piété approuvé par le préfet.

En ce qui concerne la Caisse de Crédit municipal de Paris, le taux est de 7 % net depuis le 1^{er} février 1928. Il était de 8 % du 1^{er} avril 1927 au 31 janvier 1928 et de 9 % du 1^{er} octobre 1926 au 31 mars 1927.

Actuellement le prêt est effectué pour une durée de 6 mois et est renouvelable.

Toute personne peut obtenir un prêt sur nantissement à la seule condition d'être connue et domiciliée (art. 47, décr. 8 thermidor an XIII).

Le gage est constaté même au regard des tiers par une mention sur les registres de l'établissement pourvu que ceux-ci soient tenus conformément aux règlements et par la remise d'une reconnaissance au déposant (loi 16 Pluviôse an XII, décret du 24 Messidor an XII, décret du 8 Thermidor an XIII (27 juillet 1805), art. 46 et suivants, art. 57 à 60).

Si à l'expiration du terme fixé sur la reconnaissance, les titres n'ont pas été dégagés, le Mont de Piété peut faire vendre le titre à la Bourse par ministère d'agent de change sans qu'il soit besoin de mise en demeure

ni d'aucune autre formalité (art. 5, loi 25 juillet 1891).

La vente est faite pour le compte de l'administration jusqu'à concurrence de la somme due, capital, intérêts et frais. Le déficit est répété à l'emprunteur; l'excédent (boni), s'il y en a un, est tenu à la disposition de l'emprunteur pendant dix années à partir du jour de la vente. Art. 6 et 7 de la loi du 25 juillet 1891.

Pendant la durée même du contrat, si le cours des valeurs données en nantissement subit à la Bourse une baisse d'au moins 15 pour 100, il peut être procédé à la vente des titres huit jours après une mise en demeure par lettre recommandée (extraite d'un registre à souche) adressée au débiteur à l'effet de rapporter une partie de l'avance. A défaut de ce rapport, les titres seront vendus en tout ou en partie à la Bourse par ministère d'agent de change. Art. 4 loi 25 juillet 1891.

Les reconnaissances délivrées aux emprunteurs sont nominatives et toute cession entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, de ces reconnaissances est nulle de plein droit. Art. 1^{er} de la loi du 25 juillet 1891 modifié par la loi du 10 juin 1916.

Les opérations du Crédit Municipal se développent d'année en année; le nombre et l'importance des prêts augmentent continuellement. Du compte administratif de la Caisse de Crédit Municipal de Paris pour l'exercice 1927¹, il résulte que le total des opérations traitées

1. *Bulletin municipal*, référence précitée.

par engagements et renouvellements sur les valeurs mobilières atteint 107.694 articles pour 75.984 805 fr. dont : prêts jusqu'à 500 fr. : 65.743 articles pour 16.398.417 fr. soit 61 % du nombre total d'articles.

Prêts de 501 à 1.000 fr. 20.129 articles pour 14.854.860 fr. soit 18 % du nombre total d'articles.

Prêts de 1.001 à 3.000 fr. 21.822 articles pour 44.731.528 fr. soit 20 % du nombre total d'articles.

*§ 6. Des avances sur titres consenties
par les établissements de crédit en général*

Les avances sur titres sont une des opérations de banque les plus pratiquées, cela de par le développement croissant de la fortune constituée en valeurs mobilières et les nécessités de crédit qui s'imposent constamment dans le commerce, l'industrie, et les affaires. Ce n'est pas là un contrat sui generis comme on l'a parfois insinué mais un simple prêt sur nantissement de valeurs de Bourse. Le nantissement est soumis au droit commun, civil ou commercial. Nous avons précisé que la convention qui intervenait ici, bien que n'ayant pas le caractère d'un contrat synallagmatique était cependant soumise à la formalité des doubles et à l'article 1326 C. civ. Il nous a paru intéressant de rechercher comment en pratique les banques procédaient pour cette

opération, étant données les controverses nombreuses qui se sont élevées sur les formalités de constitution ou de réalisation. De notre enquête auprès d'un des grands établissements de crédit, il en est résulté les constatations suivantes. On ne fait pas de distinction entre le gage civil et le gage commercial, du moins pour la constitution du gage. On rédige un acte sous seing-privé enregistré, en double exemplaire, mentionnant les conditions du prêt. Si les titres remis en nantissement sont des titres nominatifs, on fait effectuer un transfert de garantie. Si ce sont des titres au porteur on n'observe aucune autre formalité. Dans tous les cas, la banque se fait remettre les titres.

En pratique, les banques consentent difficilement des avances sur les titres nominatifs à raison de la négociabilité difficile de ceux-ci.

L'avance est en général consentie pour un délai de deux mois qui est renouvelable. La quotité du prêt varie de 50 à 80 % suivant la nature des titres et est en moyenne de 60 pour 100. L'intérêt est celui demandé par la Banque de France pour les avances sur titres qu'elle consent, augmenté de 1 %.

La dépréciation des valeurs pendant la durée du contrat est prévue dans l'acte d'engagement qui stipule que dans le cas d'une baisse atteignant une certaine quotité il pourra être demandé un complément de garantie.

**Appendice. — Aperçu général sur la mise en gage
des biens incorporels autres que les créances**

Non seulement les créances mais tous les biens incorporels peuvent faire l'objet d'un contrat de gage valable, à condition naturellement qu'ils soient dans le commerce. Pour certains de ceux-ci des lois spéciales sont intervenues afin de régler les formalités de constitution du nantissement, pour les autres, il faut se référer aux principes généraux qui régissent le gage de meubles incorporels.

Nous allons d'abord mentionner le texte applicable en général en cas de mise en gage des meubles incorporels, puis, après avoir rapidement indiqué les principaux de ces biens qui peuvent être donnés en nantissement nous exposerons quelles sont les formalités de constitution à remplir relativement à chacun de ceux-ci, d'abord pour ceux pour lesquels aucune loi spéciale n'est intervenue et enfin pour ceux qui sont soumis à une réglementation particulière.

Le texte fondamental est l'article 2.075 C. civ. « Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières... » Il est d'une portée générale et ne cite les créances qu'à titre d'exemple. Cet article prescrit la rédaction d'un acte public ou sous seing-privé enregistré que l'on soit en matière excédant ou non cinq cents francs.

Il exige en outre une signification au débiteur de la créance cédée, mais cette formalité n'est applicable que pour les droits de créance et de parsa nature, est incompatible avec les autres droits incorporels qui sont des droits réels. Il n'y a pas de débiteur à qui puisse s'adresser une signification d'où certains auteurs ont voulu douter de la possibilité de mettre en gage ces droits réels mobiliers, exclusifs de l'existence d'un débiteur, pour la raison qu'il est alors impossible de remplir la formalité (signification) à laquelle se trouve subordonné le privilège de gagiste. En matière de privilège, disent-ils, tout est de rigueur et de l'impossibilité de remplir une formalité considérée par la loi comme nécessaire pour l'existence du privilège, on doit conclure qu'il ne peut pas y avoir de privilège. Mais la doctrine et la jurisprudence décident que ces droits étant dans le commerce doivent pouvoir être donnés en gage, ajoutant que la signification n'étant pas possible il est « logique » de décider que le privilège sera opposable aux tiers sans signification. M. Huc¹ critique vivement cette « logique », trouvant cette solution inconciliable avec celle donnée pour les créances non constatées par des titres, pour lesquelles on décide que le nantissement n'est pas possible faute de remplir la condition de mise en possession (remise du titre) exigée par l'article 2.076 C. civ. pour l'existence du privilège.

1. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. T. XII. Du nantissement, n° 362.

Mais il faut faire observer que cette mise en possession apparaît dans notre droit comme une condition essentielle de l'existence d'un nantissement valable (contrat réel).

Toutes ces difficultés tiennent à ce que les rédacteurs du Code civil n'ont guère eu en vue que le gage des créances mobilières, mais ils se sont implicitement référés à la règle traditionnelle que tout ce qui pouvait être vendu pouvait être mis en gage. La jurisprudence a été forcée de pourvoir à cette insuffisance en admettant que la mise en gage pouvait s'effectuer par la remise au gagiste du titre constitutif du droit (art. 2.076 C. civ.) Paris 7 août 1897. D. 1898-II-437. En outre, si l'on est en matière civile, le contrat de gage devra être constaté par la rédaction d'un acte à date certaine; si l'on est en matière commerciale, cette constatation pourra s'établir par tous les modes de preuve prévus à l'article 109. C. com., si l'on admet que la dispense de l'écrit visée par l'article 91. § 1. C. com. est générale et s'étend à tous les meubles, corporels ou incorporels.

Parmi les principaux droits réels mobiliers qui peuvent être remis en gage, on a coutume de citer :

les brevets d'invention.

les fonds de commerce.

les droits d'auteurs désignés couramment sous le nom de propriété littéraire ou artistique.

les usufruits mobiliers.

la part indivise d'un héritier dans une succession mobilière, en tout ou en partie.

les marques de fabrique ou de commerce.

le droit d'exploitation d'une concession de distribution d'énergie électrique.

la concession administrative d'un marché de travaux publics.

Quelques auteurs mentionnaient autrefois le droit à un bail mais comme il est reconnu que le droit du preneur a un caractère personnel, il y a donc gage d'une créance qui s'effectuera notamment en matière civile par la rédaction de l'acte écrit constatant le nantissement, la signification du contrat de gage au bailleur, puisque l'objet du bail c'est la créance de jouissance du preneur contre le bailleur, et la remise de l'acte de bail qui établit l'existence de ce droit; il n'est pas nécessaire que le gagiste soit mis en possession des lieux loués, puisque l'objet donné en nantissement ce n'est pas la chose louée mais le droit au bail. La jurisprudence est très affirmative en ce sens.

Cass. Civ. 13 avril 1859. S. 1859-I-913; D. 1859-I-167

Cass. Req. 6 mars 1861. S. 1861-I-713; D. 1861-I-417.

Paris 11 avril 1866 et 31 mai 1866. D. 1867-II-10

Paris 21 juillet 1892. D. 1893-II-108.

Nous allons mentionner quelques particularités concernant l'application des règles susvisées à certains de ces droits, en étudiant d'abord ceux pour lesquels

aucun texte particulier n'est intervenu et en dernier lieu ceux soumis à un régime spécial.

Du droit d'auteur.

Le droit d'auteur appelé couramment et sauf controverse droit de propriété littéraire ou artistique se manifestant extérieurement par un tableau, une statue, etc., se matérialisera dans l'œuvre créée d'où résultera la reproduction, puisque ce droit consiste en un droit de reproduction.

Cette œuvre littéraire ou artistique devra donc être matérialisée par l'impression, la gravure ou de toute autre manière pour pouvoir faire l'objet d'un contrat de gage. Le gage se constituera par la remise du manuscrit, du tableau, de la statue, de la planche gravée parce que le droit de reproduction appartient au détenteur de ces objets matériels, et forme l'objet matériel auquel se rattache le droit d'auteur.

On avait objecté que la propriété littéraire ou artistique tant qu'elle n'a pas été transmise par l'écrivain ou l'artiste n'est constatée par aucun titre et par suite le nantissement serait inapplicable aux droits de l'auteur d'une œuvre d'art ? Mais on a répondu qu'à défaut de titre, le manuscrit, la planchette gravée ou tout autre instrument de reproduction constituait bien la représentation du droit de propriété littéraire et artistique et pouvait être mis en gage.

Mais cependant le droit de reproduction qui seul est constitué en gage est tout à fait distinct de cet objet matériel et la mise en possession doit avoir pour objet le gage lui-même. Art. 2.076 C. civ. 92 C. com.

On ajoute encore que la mise en possession est indispensable et qu'en interprétant ces articles 2.076 C. civ. et 92 C. com. dans toute leur rigueur, on devrait en conclure l'impossibilité de constituer un gage sur les droits de l'auteur. Mais c'est là une conséquence qui ne peut être admise car ces droits d'auteur sont dans le commerce et on doit pouvoir en tirer crédit. Voilà pourquoi on admet que leur mise en possession peut avoir lieu par équivalent, c'est-à-dire par la remise de la chose qui en est l'objet matériel et dans lequel on matérialise le droit de reproduction.

La jurisprudence en reconnaît la validité.

Paris 15 janvier 1874 S. 1876-II-10; D. 1875-II-43.
« Les œuvres de l'esprit lorsqu'elles se réalisent par l'impression, la gravure ou de toute autre manière peuvent faire la matière d'un nantissement. Dès lors, pour les compositions musicales, la remise de planches ou pierres lithographiées entre les mains du créancier gagiste a pour effet de lui assurer un droit de gage tout à la fois sur l'objet matériel et sur le droit de propriété des œuvres musicales ».

Des actions et parts d'intérêts dans les Sociétés

Les droits d'associés doivent être considérés, ainsi que nous l'avons expliqué, comme des droits de créance sauf de très rares exceptions qui se produisent quand la Société n'est pas une personne morale. Dans ces derniers cas, il y a constitution en gage d'un droit de copropriété et le titre qu'il y aurait lieu de remettre au gagiste serait l'acte constitutif de la Société.

Du droit d'usufruit portant sur une chose incorporelle

(créance, fonds de commerce...).

D'après M. Lyon-Caen la mise en gage s'effectuera de la même manière que celle de la chose elle-même.

De la mise en gage des droits successifs

Un héritier peut mettre en gage sa quote-part dans l'indivision héréditaire si celle-ci est mobilière pour le tout ou pour partie. Cette quote-part « c'est la fraction qui appartient à chaque indivisaire dans la masse indivise et qui lui donne le droit à venir au partage pour recevoir un lot représentant cette fraction ». En effet, tout droit peut être mis en gage s'il n'est pas mis hors du commerce. La jurisprudence en a reconnu la possibilité. Cass. Civ. 19 février 1894; S. 1894-I-273. Note de M. Lyon-Caen; D. 1894-I-420. Mais il faut y apporter une restriction; ce gage sera impossible quand

les formalités de constitution du nantissement ne pourront pas être accomplies.

Il s'agit ici d'un droit incorporel qui est un droit réel, certain dans son existence, incertain dans sa consistance, et non un droit de créance, donc l'article 2075 C. civ. ne s'appliquera qu'en ce qui concerne la nécessité de la rédaction d'un acte à date certaine constatant la convention de nantissement.

D'autre part, conformément à l'article 2076 C. civ., il faudra que le droit engagé soit mis en possession du gagiste par la remise du titre qui l'établit. C'est de là que va surgir la difficulté, car en matière successorale, les héritiers peuvent tenir leurs droits soit de la loi, soit d'un testament. Dans le premier cas, la mise en gage sera impossible puisqu'il n'y aura aucun titre pour constater le droit de l'héritier. Dans le second cas, au contraire, le gage pourra être valablement constitué par la remise du testament au créancier gagiste.

C'est en conséquence de ces principes que la Cour de Cassation dans l'arrêt susvisé a constaté que le nantissement qui avait été constitué par des héritiers ab intestat était nul parce qu'il n'y avait pas eu la mise en possession requise, et que c'est vainement que ces héritiers avaient remis à leur créancier un intitulé d'inventaire, qu'ils avaient signifié les actes constitutifs de gage à l'administrateur judiciaire de la succession, parce qu'on ne peut pas « suppléer à la tradition effective d'un titre, c'est-à-dire d'un acte instrumentaire

établissant l'existence du droit mis en gage ». L'intitulé d'inventaire en effet ne fait que constater un droit préexistant dont la base se trouve dans la loi pour les héritiers ab intestat. Quant à la signification faite à l'administrateur judiciaire à l'effet de le rendre dépositaire des valeurs héréditaires pour le compte du créancier gagiste, elle était sans effet car, ainsi que le fait observer M. Lyon-Caen, elle est le résultat « d'une erreur sur l'objet du gage qui n'est pas chacune des choses héréditaires, mais les droits de l'héritier qui portent sur l'ensemble de ces choses tant que le partage ne les a pas transformés en droits sur des choses déterminées placées dans son lot ».

Il faut observer toutefois que si l'héritier ab intestat cédait sa quote part héréditaire à un tiers, cet acquéreur pourrait mettre en gage ce droit qui lui est ainsi cédé, car il aurait un titre établissant l'existence de son droit : le titre d'acquisition de celui-ci. M. Huc constate que le vendeur qui n'avait pas de titre pourra donc créer ce titre en profit d'un acheteur quelconque.

M. Capitant¹ fait observer que cette garantie n'en sera pas une pour le gagiste. Ce dernier n'entre pas en effet dans l'indivision. Il ne peut pas saisir et faire vendre ce qui lui a été donné en gage à cause de la prohibition édictée en l'article 2205 C. civ. Il n'a qu'un seul

1. A son cours de *Droit civil approfondi* de doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris, année 1927-1928.

droit : demander le partage, mais alors la quote part n'existe plus et son droit tombe.

Cette opération paraît être pratiquée tout à fait exceptionnellement.

Pour certains biens incorporels, une formalité supplémentaire est exigée par une disposition législative spéciale prévoyant leur mise en gage.

Brevet d'invention — Il faut entendre par là non l'arrêté ministériel qui constitue le brevet, mais les droits même du breveté. L'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1844 précise formellement que le *droit exclusif de l'auteur* de toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie d'*exploiter* à son profit ladite découverte ou invention est constaté par des titres délivrés par le Gouvernement sous le nom de brevets d'invention.

Une formalité spéciale pour leur mise en gage par concordance avec celle requise pour la transmission de propriété est exigée par la loi du 26 juin 1920 art. 4 : « Aucune transmission de propriété, aucune cession ou concession de droit d'exploitation *ou de gage* relativement à un brevet ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre spécial des brevets d'invention, tenu à l'Office national de la propriété industrielle, où sont mentionnés les noms et adresses des titulaires cessionnaires ou concessionnaires des brevets, ainsi que toutes les indications ou notifi-

cations relatives aux actes affectant la propriété des brevets ».

L'Office national étant tenu de délivrer à tous ceux qui le requerront une copie des inscriptions portées par le registre précité comme aussi de l'état des inscriptions subsistant sur les brevets donnés en gage ou un certificat constatant qu'il n'en existe aucune (art. 4 § 3), le mode de publicité spécial organisé pour la mise en gage des brevets, et que l'on peut comparer à la signification pour les créances, se présente comme étant un excellent moyen d'organiser la publicité du nantissement.

Il faudra en outre décider, comme pour les autres droits incorporels, que la remise du brevet (titre constatant le droit) devra être faite au créancier gagiste afin que soit remplie la condition de mise en possession requise par la loi dans les articles 2076 C. civ. et 92 C. com. De plus, si l'on est en matière civile, un acte public ou sous seing privé enregistré, devra établir la constitution de gage; s'il s'agit d'un gage commercial, la preuve pourra en être faite par tous les modes de preuve de l'article 109 C. com., mais en pratique, il semble qu'un écrit doive être dressé pour que l'inscription puisse être opérée sur le registre des brevets.

Observons que ces dernières conditions, mise en possession par remise du titre, acte à date certaine en matière civile, restent exigées quelle que soit la formalité spéciale prévue par la loi.

Marque de fabrique. — La constitution en gage d'une marque de fabrique ou de commerce est régie par la loi du 26 juin 1920 art. 2 § 1 : « Aucune transmission de propriété, aucune cession ou concession de droit d'exploitation ou *de gage*, relativement à une marque déposée, ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre spécial des marques de fabrique ou de commerce tenu à l'Office national de la propriété industrielle, et où sont mentionnés les noms et adresses des déposants, cessionnaires ou concessionnaires de marques, ainsi que toutes les indications et notifications relatives aux actes affectant la propriété des marques ».

D'autre part, l'Office national sera tenu de délivrer, à tous ceux qui le requerront, une copie des inscriptions portées sur le registre précité comme aussi des inscriptions subsistant sur les marques données en gage, ou un certificat constatant qu'il n'en existe aucune (Art. 2 § 3).

Le titre constatant l'existence du droit et qui doit être remis au gagiste sera le certificat du dépôt de la marque fait au tribunal de commerce. (Loi du 23 juin 1857 art. 2 modifié par la loi du 3 mai 1890).

Les brevets d'invention, les marques de fabrique ou de commerce sont susceptibles d'être compris dans le nantissement d'un fonds de commerce comme faisant partie de celui-ci. (Art. 9 § 1 de la loi du 17 mars 1909, s'ils sont l'objet d'une désignation précise et expresse

dans l'acte de constitution du nantissement Art. 9 § 3. Dans ce cas, pour que le gage soit opposable aux tiers, non seulement il faudra l'inscription du nantissement sur le registre spécial dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (art. 10 et 11) mais il faudra en outre l'inscription dudit nantissement à l'Office national de la propriété industrielle dans la quinzaine qui suit l'inscription opérée au greffe du tribunal de commerce sur la production d'un certificat d'inscription délivré par le greffier dudit tribunal.

De la constitution en gage d'un fonds de commerce.

Ce nantissement est régi par la loi du 17 mars 1909 qui précise de façon expresse tout ce qui y est relatif. Nous nous bornerons à en résumer succinctement les dispositions essentielles.

Les choses faisant partie d'un fonds de commerce et pouvant être comprises dans le nantissement dudit fonds sont énumérées dans l'article 9 § 1 de ladite loi. A défaut de leur désignation expresse et précise dans l'acte de constitution de gage, le nantissement ne comprendra que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage (Art. 9 § 3).

La constatation du contrat de gage devra être faite par un acte authentique ou un acte sous seing privé enregistré (Art. 10 § 1) (que le gage soit civil ou commercial).

La formalité de publicité d'où résultera l'existence du privilège sera l'inscription sur un registre public

tenu au greffe du tribunal de commerce effectuée dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif et cela à peine de nullité du nantissement (art. 10 § 2 et 3 et articles 11). Les articles 446, 447 et 448 C. com. sont applicables (art. 11 § 2).

Il faut ajouter que le nantissement doit être également mentionné dans le registre de commerce (loi du 18 mars 1919, art. 5, n° 4). La sanction prévue en cas de non-accomplissement de ladite formalité est une amende contre le commerçant qui n'a pas requis dans le délai prescrit l'inscription obligatoire (loi 18 mars 1919, art. 12 et 18).

D'autre part, si le nantissement comprend des marques de fabrique et de commerce, des dessins ou modèles industriels, des brevets d'invention ou licences, une formalité supplémentaire est exigée par l'article 24 in fine de la loi du 17 mars 1909.

Les règles concernant la prise de l'inscription, la nécessité de son renouvellement et sa radiation ainsi que sa publicité (renseignements donnés aux tiers) sont exposées en détail dans les articles 24 à 35 de ladite loi.

Les effets du nantissement sont également réglementés par la loi du 17 mars 1909.

Tout d'abord, un effet négatif, le créancier gagiste n'a pas le droit de se faire attribuer le fonds de commerce en paiement (art. 8 § 2). Il ne peut pas avoir non plus le droit de rétention puisqu'il ne détient pas le fonds. Effet positif, il a un privilège (art. 10 § 2) dont

le rang est déterminé par la date de l'inscription (art. 12). Ce privilège garantit au même rang que le principal deux années d'intérêts (art. 28 § 2).

Le seul droit du gagiste sera donc de faire vendre le fonds afin de pouvoir exercer son privilège. Il peut faire ordonner par le tribunal de commerce cette vente huit jours après sommation de payer faite au débiteur et au tiers détenteur s'il y a lieu (art. 16). Les formalités de la vente sont réglées par les articles 15 et 17. La compétence de l'officier public n'est pas prévue, mais il faut dire que c'est celle d'un notaire, puisque la loi reconnaît que le fonds de commerce est toujours une chose mobilière incorporelle.

Les voies de recours contre la procédure de vente sont réglées par les articles 17, 18 et 19.

Le paiement du créancier gagiste est prévu par l'article 15 § 7. S'il y a conflit entre le privilège du vendeur du fonds avec le privilège du bailleur sur le matériel et celui du gagiste, ces privilèges étant fondés sur une constitution tacite de gage, le plus ancien l'emportera (solution donnée par MM. Lyon-Caen et Renault).

Des mesures spéciales en cas de déplacement du fonds de commerce sont prescrites par l'article 13 et en cas de résiliation du bail (par l'art. 14).

Le privilège du créancier gagiste suit le fonds en quelques mains qu'il passe (art. 22 § 1), mais les éléments corporels compris dans le fonds de commerce considé-

rés séparément sont soumis à la règle de l'article 2119 C. civ. comme à celle de l'article 2279 C. civ. (art. 22 in fine; art. 24 n° 3; art. 23 § 1 et suivants).

Le privilège se transmet par voie de cession avec la créance qu'il garantit (art. 27, application de l'art. 1692 C. civ.).

CONCLUSION

Que conclure de cette étude sur la mise en gage des créances, sinon que cette institution n'est pas encore organisée juridiquement telle qu'elle devrait l'être dans l'état économique actuel où la pratique des avances sur titres est courante.

La raison en est que le législateur du Code civil n'a pas envisagé le côté patrimonial de l'obligation dont la tradition classique avait coutume de considérer seulement le caractère personnel, subjectif. De là a résulté également l'aspect assez fragmentaire sous lequel nous avons été contraint d'étudier cette institution.

En outre, les règles du nantissement civil remontent à 1804. Or le législateur de cette époque ne pouvait prévoir ni même concevoir le grand bouleversement économique qui s'est opéré au cours du xix^e siècle.

Lors de la rédaction du Code civil, il n'existait que très peu de valeurs mobilières et ceux qui les possédaient étaient rares. A l'heure actuelle, elles forment la

majeure partie de toutes les fortunes, et elles composent presque toujours une partie des patrimoines, même les plus pauvres.

Une législation datant du début du xix^e siècle ne correspond donc plus aux lois que doivent exiger les nécessités de notre temps. La législation française du gage des biens incorporels dont nous venons d'exposer les règles apparaît comme compliquée et coûteuse. Or, les motifs de changer cette législation en matière commerciale énoncés par M. Cornudet dans l'« Exposé des Motifs » de la loi du 23 mai 1863, sont applicables en matière civile avec la même force. D'une part, « les formalités se payent cher ». D'autre part, « les formalités font perdre du temps », or, « le temps, c'est de l'argent ».

Voilà pourquoi il nous paraît souhaitable qu'une réforme législative intervienne pour modifier toute cette législation archaïque. Elle aurait pour conséquence un développement des opérations de prêts sur titres qui bien souvent concourent au financement de l'industrie.

En effet, l'argent provenant du prêt consenti par une banque à la suite d'un nantissement sur valeurs mobilières permettra la spéculation, ou plus exactement elle favorisera le développement de l'industrie. L'emprunteur se servira souvent de l'argent avancé pour le prêter à son tour à des industries naissantes qu'il espère voir croître et prospérer et sur les titres desquels il escompte une plus-value.

Une fois celle-ci réalisée, il vendra les titres acquis qui trouveront alors facilement acquéreur et il pourra rembourser à son banquier l'avance que celui-ci lui avait consentie. Il nous a paru suffisant de donner cet exemple pour démontrer l'avantage économique certain qui résulterait d'une modification de la législation du gage.

Vu, le Doyen,
H. BERTHELEMY

Vu, le Président de la Thèse,
Henri LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLETY.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

DROIT ROMAIN ET HISTOIRE.

- ACCARIAS (C.). — *Précis de droit romain* (4^e éd.), t. II, in-8°. Paris 1886-1891; 2 vol.
- BEAUNE (H.). — *Droit coutumier français. Les contrats.* 1 vol., in-8°. Paris 1889.
- BOURJON (F.). — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes.* T. II, in-fol. Paris 1747; 2 vol.
- BOUTEILLER (J.). — *Le Grand Coustumier et pratique du droit civil et canon observé en France;* (éd. nouv. par Charondas le Caron). 1 vol., in-4°. Paris, 1621.
- BRILLON (P.). — *Dictionnaire des arrêts, ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France et autres tribunaux;* (nouv. éd.). T. III (v^o. Gage); in-fol. Paris 1727. 6 vol.
- BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du Droit* (3^e éd.). T. II, in-8°. Paris 1908. 2 vol.
- BRODEAU (J.). — *Commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris.* T. II in-fol. Paris 1658. 2 vol.
- CHÉNON. — *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815.* T. I, in-8°. Paris 1926 (en cours de publication).
- CORNIL (V.). — *Droit romain. Traité élémentaire des droits réels et des obligations.* 1 vol., in-8°. Bruxelles, 1885.
- CUQ (E.). — *Manuel des institutions juridiques des Romains,* (2^e éd.). 1 vol. in-8°. Paris 1917.

- DARD (H.). — *Code civil avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport à chaque article* (3^e éd.). 1 vol. in-8°. Paris 1827.
- DENISART (J. B.). — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, (7^e éd.). T. I, (v^o. Billets) et III (v^o. Nantissement); in-4°. Paris, 1177 4 vol.
- ESMEIN (A.). — *Etudes sur les contrats dans le Très ancien Droit français*. 1 vol. in-8°. Paris 1883.
- FERRIÈRE (C. de). — *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*. (2^e éd.). T. II, in-fol. Paris 1714. 4 vol.
- *Dictionnaire de droit et de pratique*; (nouv. éd.). T. I; (v^o. Gage). In-4°. Paris 1771. 2 vol.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*; (7^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1924.
- GUYOT (P.). — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. VII (v^o. Gage); in-4°, 1784. Paris 1784-1785. 17 vol.
- HUC (T.). — *Du formalisme romain*. 1^{er} chap. Théorie des droits réels. (Ext. du *Recueil de l'Académie de Législation*). 1 vol, in-8°. Toulouse 1861.
- Journal des principales audiences du Parlement*; (nouv. éd.). T. IV, (arrêts de 1585 à 1701). Paris 1733.
- JOUSSE (D.). — *Nouveau commentaire sur les Ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673*; (nouv. éd.); 2^e partie. 1 vol. in-12. Paris 1761.
- LANGE. — *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale*; (15^e éd.). T. I, in-4°. Paris 1755. 2 vol.
- MARTIN (OLIVIER). — *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*. T. I, 1928. T. II, 1926. In-8°. Paris (en cours de publication).
- PETIT (E.). — *Traité élémentaire de droit romain*; (8^e éd.). 1 vol. in-8°. Paris 1920.

- POTHIER. — *Traité du contrat de nantissement*. (éd. Bugnet). T. V et IX; in-8°. Paris 1861-1862. 11 vol.
- SCHILLING. — *Histoire externe et interne du droit privé des Romains*. Traduction par M. C. A. Pellat de : « Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes avec le texte en regard suivie d'un traité succinct du droit de gage et d'hypothèque chez les Romains ». 1 vol. in-12. Paris 1840.
- TROPLONG. — *De la contrainte par corps en matière civile et de commerce*. 1 vol., in-8°. Paris 1847.
- VIOLLET (P.). — *Droit privé et sources. Histoire du droit civil français*; (3^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1905.

DROIT CONTEMPORAIN.

- ALAUZET (I.). — *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*. T. III, in-8°. Paris 1879. 8 vol.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*; (5^e éd. revue par M. E. Bartin). T. IV. 1920, in-8°. Paris 1897-1922. 12 vol.
- AUDIER (J.). — *Etude sur les titres au porteur. Leur législation dans ses rapports avec le droit commun*. 1 vol., in-8°. Paris 1885.
- AVRIL (P.). — *Principe et caractères juridiques de la constitution du gage sur les meubles incorporels*. 1 vol., in-8°. Paris 1898.
- BAILLIOT (C.). — *Guide pratique des opérations de transferts et instruction sur le contentieux des titres*; (2^e éd.). 1 vol. in-8°. Paris 1874. (Supp. 1880).
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et LOYNES (P. de). — *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*. (3^e éd.). T. I, in-8°. Paris 1906. 3 vol.
- BEGIS (P.) et GARRET (F.). — *Traité pratique des hypothèques, privilèges et nantissement*. 1 vol., in-8°. Sens 1898.

- BENECH (M.). — *Le nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme sur les biens de son mari*. 1 vol. in-8°. Paris et Toulouse. 1855.
- BEUDANT (Ch.). — *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*. T. I, in-8°. Paris 1900-1902. 2 vol.
- BEZARD-FALGAS (J.). — *Le contentieux des oppositions sur titres d'actions et d'obligations*. 1 vol. in-8°. Paris 1908.
- *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*; (3^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1924.
- *Le nouveau régime des transferts de titres nominatifs et le certificat de propriété*. 1 vol., in-8°. Paris 1928.
- BOURGEOIS (J.). — *Guide du créancier gagiste*. 1 vol., in-8°. Paris 1878.
- BUCHÈRE (A.). — *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*; (2^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1881.
- COLIN (A.) et CAPITANT H.). — *Cours élémentaire de droit civil français*; (4^e éd.). T. II, 1924. In-8°. Paris. 3 vol.
- DELOISON (G.). — *Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères, et des opérations de bourse*. 1 vol., in-8°. Paris 1890.
- DEMANTE (A.) et COLMET de SANTERRE (E.). — *Cours analytique de Code civil*. T. VIII. Du nantissement. 1884, in-8°. Paris 1849-1884. 8 vol.
- DUVERT (G.). — *Traité du contentieux des transferts*; (2^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1891.
- GALLAND (T.). — *Code expliqué des transferts, mutations et conversions de valeurs de bourses*. 1 vol., in-8°. Paris 1868.
- GUILLOUARD (L.). — *Traités du nantissement et du droit de rétention*; (2^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1896.
- HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.). — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*; (6^e éd. en cours de publication). T. I, in-8°. Paris 1927.

HUC (T.). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*
T. XII. 1899; in-8°. Paris 1892-1903. 15 vol.

LACOUR (L.) et BOUTERON (J.). — *Précis de droit commercial;*
(3^e éd.); in-8°. Paris 1924-1925. 4 vol. Supplément aux
tomes I et II à jour au 1^{er} août 1928; in-8°. Paris 1929.
2 vol.

LAURENT. — *Principes de droit civil français* (3^e éd.). T. XXVIII,
in-8°. Paris et Bruxelles. 1869-1878 et Supplément. T. VII;
in-8°. 8 vol.

LÉGAL (A.). — *Le contrat de dépôt de titres en banque.* 1 vol.,
in-8°. Paris, 1926.

LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.) (avec la collaboration de
A. Amiaud). — *Traité de droit commercial;* (5^e éd. en cours
de publication). T. II (1^{re} partie). 1926. T. IV. 1925.
T. III 1923. In-8°. Paris.

MONTARNAL (H.). — *Traité pratique du contentieux commer-*
cial de la banque et de la bourse; (4^e éd.). 1 vol., in-8°.
Paris 1928.

PLANIOL (M.). — *Traité élémentaire de droit civil;* (9^e éd.).
T. II, 1923. In-8°. Paris 1922-1924. 3 vol.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité pratique de droit civil*
français. T. XII. Sûretés réelles. Avec le concours de
Becqué (E.). In-8; Paris 1927 (en cours de publication).

PONT (P.). — *Explication théorique et pratique du Code Napo-*
leon. T. XIX. Commentaire. Traité des petits contrats.
T. II. Du nantissement. 1867. Paris 1863-1867. 2 vol.

TERREL (H.) et LEJEUNE (H.). — *Traité des opérations com-*
merciales de banque (5^e éd.). 1 vol., in-8°. Paris 1926.

THALLER (E.) et PERCEROU (J.). — *Traité élémentaire de droit*
commercial à l'exclusion du droit maritime; (7^e éd.). 1 vol.,
in-8°. Paris 1925.

THEZARD (L.). — *Du nantissement des privilèges et hypothè-*
ques et de l'expropriation forcée. 1 vol., in-8°. Paris 1880.

- TROPLONG. — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*. T. XIX. Du nantissement du gage et de l'antichrèse. 1 vol., in-8°. Paris 1847.
- WAHL (A.). — *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*. T. II, in-8°. Paris 1891. 2 vol.
- *Précis théorique et pratique de droit commercial*. 1 vol., in-8°. Paris 1922.
-

TABLE DES MATIÈRES

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE ET GENERALITES

Chapitre I. — Droit romain	11
Chapitre II. — Ancien droit	19
Chapitre III. — De la mise en gage en général	
I. — Du contrat de gage.	
Définition	27
Le gage : contrat accessoire	28
Le gage : contrat réel	29
Le gage : contrat unilatéral	34
II. — De la remise de la chose engagée	40
III. — De la nature du droit réel de gage	41
IV. — Des choses pouvant faire l'objet d'un gage et notamment des choses incorporelles	48
V. — Des conditions de validité du gage	49
VI. — De la demande et de l'offre du gage	50
VII. — Du gage déguisé sous forme de vente	51
VIII. — De la commercialité du gage	52

DEUXIEME PARTIE

L'INSTITUTION DANS LE DROIT POSITIF FRANÇAIS CONTEMPORAIN

Chapitre I. — Créances civiles à personne dénommée	
Des créances pouvant être données en gage	61
A) Du nantissement civil.	
Section I. — Des formalités de constitution du gage	65
§ 1. De la constatation du gage par un écrit	66
§ 2. De la remise du gage	72
De la signification de la constitution de gage	72
De la mise en possession proprement dite. De la remise du titre	79

Observations : I. — De la nature du titre qui devra être remis	85
II. — De la possession du gage par l'intermédiaire d'un tiers	87
3. De la distinction de la convention de nantissement avec certaines cessions de créances.	88
§ 4. Du cas de gage tacite	89
Section II. — Des effets du gage.	
§ 1. De l'indivisibilité du gage	91
§ 2. De la possession du gage	92
§ 3. Du droit de rétention	101
§ 4. Du privilège du créancier gagiste.	105
§ 5. De la réalisation ou de l'exécution du gage	108
§ 6. De la restitution du gage	113
§ 7. De la prescription de la créance garantie	114
B) <i>Du nantissement commercial.</i>	
Section I. — Des formalités de constitution du gage	116
Section II. — De la réalisation du gage	122
Chapitre II. — De la mise en gage des créances nominatives transmissibles par voie de transfert.	
Généralités	126
Des conditions de validité du gage	135
A) <i>Du nantissement civil.</i>	
Section I. — Des formalités de constitution du gage	136
Observations : I. — Du transfert pur et simple avec contre-lettre	149
II. — De la possession du gage par un tiers	151
Section II. — Des effets du nantissement.	
§ 1. De la possession du gage	151
Du droit de vote dans les Assemblées générales	152
De l'amortissement d'obligations nominatives	157
§ 2. De l'exécution du gage	158
B) <i>Du nantissement commercial.</i>	
Section I. — Des formalités de constitution du gage	160
Section II. — De la réalisation du gage	170
Observations complémentaires :	
I. — De la responsabilité des établissements débiteurs en matière de titres nominatifs transférés en garantie	171
II. — Des titres donnés en nantissement à la Société émettrice elle-même	173
Chapitre III. — De la mise en gage des créances constatées par des titres à ordre.	
Section I. — Des titres à ordre ordinaires.	
§ 1. Des formalités de constitution du gage civil	175
§ 2. Des formalités de constitution du gage commercial ..	179
§ 3. De la réalisation pratique de l'endossement en garantie ..	183
§ 4. Des effets du nantissement	186
Section II. — Des titres à ordre spéciaux créés par la loi du 4 avril 1926	187

Chapitre IV. — De la mise en gage des créances constatées par des titres au porteur.

§ 1. De la mise en gage d'obligations non émises	197
§ 2. Des formalités de constitution du gage civil	219
§ 3. Des formalités de constitution du gage commercial ...	223
§ 4. Des effets du nantissement (civil ou commercial)	225
§ 5. De la comparaison du report et du nantissement	228
§ 6. Du nantissement déguisé sous la forme d'un compte courant	233
§ 7. De la mise en gage des titres au porteur déposés dans une banque	234

Chapitre V. — Examen de quelques situations spéciales.

§ 1. De la mise en gage des rentes sur l'Etat	242
§ 2. Des meubles corporels représentés par un titre	245
§ 3. Des avances sur titres consenties par la Banque de France	250
§ 4. Des avances sur titres consenties par le Crédit Foncier de France	253
§ 5. Des avances sur titres consenties par les Monts-de-Piété	254
§ 6. Des avances sur titres consenties par les établissements de crédit	258

Appendice. — Aperçu général sur la mise en gage des biens incorporels autres que les créances

Conclusion

Index bibliographique

Imprimerie J. BIERE, 18-20-22, rue du Peugue. — 1929
